

PROCESSO	- A. I. N° 279462.0009/18-0
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e MAGAZINE LUIZA S.A.
RECORRIDOS	- MAGAZINE LUIZA S.A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0195-02/19
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTRANET 16.02.2025

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0016-11/245-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Valor reduzido em face de exclusão da ocorrência de 31/07/2016, por identificação da exação resultar de inversão de numerais entre o valor recolhido e o valor apurado devido. Infração 1 subsistente em parte. **b)** CRÉDITO PRESUMIDO. Impugnação se limita a alegar incorreto enquadramento da penalidade, o que não ocorreu. Infração 2 subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. SAÍDAS DE MERCADORIAS. **a)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA LEGALMENTE PREVISTA. Infração parcialmente elidida mediante acolhimento de parte da alegação defensiva relativa a registros incorretos na EFD. Infração 3 parcialmente subsistente. **b)** ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. As notas fiscais de transferências são emitidas no início do mês subsequente ao do mês da apuração do Saldo Credor, ou seja, para o crédito de transferência lançado no livro de Apuração do ICMS de 05/2016, o lastro estaria nas notas fiscais emitidas em 06/2016, assim, conforme comprovações do SPED acostado aos autos, verifica-se que o valor lançado foi efetivamente. No cotejo das notas fiscais emitidas, resta clara que a emissão das notas fiscais resta maior do que fora apurado, exatamente o valor do auto, portanto a planilha acostada aos autos fl. 40, o valor está positivo quando o autuante pega a coluna NFE EMITIDA e deduz as das informadas no RAICMS. Infração 4 insubsistente. Modificada a Decisão recorrida. **c)** ERRO NA APURAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infrações 5 subsistente e 6 reconhecida. **d)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. No período compreendido pela autuação, ainda que contrariando o Convênio ICMS 135/06, o art. 266, XVII do RICMS-BA/2012, contemplava a forma de redução da base de cálculo efetuada pelo sujeito passivo. Aplicação do artigo 167, III do RPAF. Infração 10 insubsistente. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. A auditoria não seguiu a Portaria nº 445/98, sendo que a contagem física de estoques de mercadorias obedeceu a legislação quando aplicou a seguinte formula: Estoque Inicial + Entradas – Saídas = Estoque Final. Nesse método, se a realidade encontrada do estoque final não estiver condizente com o estoque

inventariado, como foi o caso, tem-se omissão de saídas de mercadorias, conforme o confronto das informações não teve nenhuma saída registrada de alguns produtos, constata-se que assiste razão a recorrente, restou comprovado que não houve omissão de saída em valor inferior ao que está sendo exigido, apesar de não ter havido a NFe de agregação. Infração 7 parcialmente subsistente. Modificada a Decisão recorrida. **b)** RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. Infração 8 parcialmente subsistente. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESPONSÁVEL DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. MVA. MERCADORIAS DE TERCEIRO DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício (infrações 1, 3, 7, 8 e 10) e Voluntário (infrações 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 10) apresentados contra a Decisão recorrida julgou Procedente em Parte o Auto de Infração ora apreciado, lavrado em 24/09/2018, para exigir o valor total de R\$ 1.439.397,82, em decorrência de dez infrações, sendo objeto de ambos os recursos as seguintes infrações:

Infração 01 - 01.02.40. Utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado no(s) documento(s) fiscal(is). Valor: R\$ 6.890,23. Período: Dezembro 2015 e Julho 2016. Enquadramento legal: Arts. 29 e 31, da Lei 7014/96 c/c art. 309, § 6º, do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, "a" da Lei 7014/96. ROV

Consta que se refere a transferências de saldo credor de ICMS entre estabelecimentos da empresa, conforme planilhas Resumo das Transferências de Saldos Credor e Devedor de ICMS – Anexo I.

Infração 02 - 01.04.06. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS presumido. Valor: R\$ 40.848,44. Período: Junho a Dezembro 2016. Enquadramento legal: Art. 49, da Lei 7014/96 c/c arts. 269 e 270 do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, "a" da Lei 7014/96. RV

Consta: Contribuinte beneficiário do Decreto de Atacadistas, utilizou indevidamente crédito fiscal presumido de 16,667% sobre as saídas interestaduais tributadas à alíquota de 4%, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 2º do Dec. 7799/00, transscrito.

Infração 03 - 03.02.02. Recolhimento a menos do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 386.556,02. Período: Janeiro a Dezembro 2015, Março e Abril 2016. Enquadramento legal: Arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, "a" da Lei 7014/96. ROV

Infração 04 - 03.02.04. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Valor: R\$ 11.893,74. Período: Maio 2016. Enquadramento legal: Arts. 24 a 26, da Lei 7014/96 c/c art. 305, do RICMS-BA. Multa: 60%, art. 42, II, "a", da Lei 7014/96. RV

Consta na descrição: Nas transferências de saldo devedor de ICMS entre estabelecimentos da empresa, conforme planilha Resumo das Transferências de Saldos Credor e Devedor de ICMS – Exercício 2016 – Anexo I.

Infração 05 - 03.02.05. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 55.542,44. Período: Janeiro, Fevereiro, Abril a Novembro 2015, Janeiro a Maio, Junho, Julho, Novembro e Dezembro 2016. Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23 da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, "a" da Lei 7014/96. RV

Infração 06 - 03.02.05. Recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de calculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor: R\$ 3.341,17. Período: Janeiro a Agosto 2015. Enquadramento legal: Arts. 17 a 21 e 23 da Lei 7014/96. Multa: 60%, art. 42, II, "a" da Lei 7014/96.

Infração 07 - 04.05.02. Falta de recolhimento o imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 282.797,35. Período: Exercícios 2015 e 2016. Enquadramento legal: Arts. 2º, I, 23-B, da Lei 7014/96, c/c art. 83, I, do RICMS-BA/2012

e art. 13, I, da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III da Lei 7014/96. ROV

Infração 08 - 04.05.08. Falta de recolhimento o imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de ST, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 610,86. Período: Exercício 2016. Enquadramento legal: Arts. 6º, IV, 23, I da Lei 7014/96, c/c art. 217 do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, "a" da Portaria 445/98. Multa: 100%, art. 42, III, da Lei 7014/96. ROV

Infração 09 - 04.05.09. Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de MVA, deduzida parcela do tributo a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de ST, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$ 65,96. Período: Exercício 2016. Enquadramento legal: Arts. 6º, IV, 23, II, da Lei 7014/96, c/c art. 217 do RICMS-BA/2012 e art. 10, I, "b" da Portaria 445/98. Multa: 60%, art. 42, II, "d" da Lei 7014/96.

Infração 10 - 07.01.02. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Valor: R\$ 650.851,61. Período: Fevereiro, Maio a Dezembro de 2015, Janeiro a Maio 2016. Enquadramento legal: Arts. 8º, II e § 3º e 23 da Lei 7014/96, c/c art. 289 do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, II, "d" da Lei 7014/96. ROV

O Impugnante apresenta defesa às fls. 108-133, que se reportou em relação às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8 e 10, não trouxe impugnação para as infrações 6 e 9. A informação fiscal foi prestada às fls. 188 a 206, onde concluiu que foram modificados o resultado das infrações 03, 07 e 08, mantendo-se o das demais. Às fls. 176-182 consta requerimento de comprovantes de pagamento das exações relativas às Infrações 06 e 09. O Impugnante se manifesta às fls. 232-259, que impugna ainda em relação às infrações citadas, concluindo: **a)** Improcedência da Infração 01, posto o devido aproveitamento do crédito fiscal; **b)** Improcedência das Infrações 03, 04, 07, 08 e 10; **c)** nulidade das Infrações 02 e 05. Em manifestação do autuante, fls. 270-279, da seguinte forma:

Após a devida instrução processual, a 2ª JJF assim decidiu:

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de 10 (dez) infrações.

Por expresso reconhecimento do cometimento, inclusive com declaração de que os valores exigidos foram pagos, as infrações 06 e 09, não integram essa lide administrativa.

Examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois o lançamento resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Assim, considerando que: a) conforme recibo de fls. 06, 10, 33, 34, 36, 37, 39, 40, 41, 44, 45, 47, 49, 51, 53, 55, 56, 58, 60, 62, 63, 65, 67, 69, 72, 73, 76, 79, 82, 86, 89, 92, 95, 98, 100, 103 e 229, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) as infrações estão claramente descritas, corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 11-103, 205-226 e CDs de fls. 104 e 227); e) as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise. Portanto, não há espaço para a nulidade suscitada. Rejeito-a, então.

Impertinente, também é a alegação de que a Infração 07 que acusa omissão de saída por levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado se baseia em mera presunção, visto que, como melhor se verá na apreciação de mérito, o procedimento fiscal aplicado consiste em equação matemática cujos dados são os registrados pelo contribuinte nos seus documentos e escrituração fiscal, dando conta da concreta movimentação das mercadorias comercializadas.

Ainda que não seja o caso, pois o enquadramento legal das infrações 02 e 05 estão em conformidade com a normativa específica, inclusive quanto às penalidades propostas, observo que se ainda assim não fosse, conforme dispõe o artigo 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, desde que pela descrição dos fatos se evidencie o enquadramento legal da infração, o erro da indicação não implica em sua nulidade.

Ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

De logo, cabe frisar que o procedimento do qual resultou a exação fiscal, deu-se mediante regular aplicação de roteiros de fiscalização tendo por base os arquivos eletrônicos informados pelo sujeito passivo, contendo os registros de sua Escrituração Fiscal Digital – EFD, bem como nas suas NF-es de entradas e saídas, integrantes da base de dados da SEFAZ.

A auditoria foi efetuada através do Sistema Integrado de Fiscalização – SIAF, ferramenta fiscal que não modifica os dados da movimentação empresarial registrada pelo contribuinte no Sistema Público de Escrituração Digital (fiscal e contábil) - SPED Fiscal, cuja cópia transmite aos entes tributantes. Frise-se que tal sistema é o único legalmente permitido, cuja validade jurídica prova a favor e em contra o contribuinte.

Superada a apreciação preliminar, as alegações defensivas acerca do mérito da autuação são que: a) Infrações 01 e 04: os valores registrados no livro RAICMS são os destacados nas NFs de transferência; b) Infrações 02 e 05: argumento de nulidade por deficiência no enquadramento legal; c) Infração 03: c.1) não tributou as operações interestaduais com mercadorias da ST, pois já ocorreu pagamento por antecipação; c.2) o erro de tributação mantendo destaque de 17% nas operações em período que vigia a alíquota de 18% foi posteriormente ajustado na apuração do imposto; d) Infração 07: d.1) o fisco desconsiderou as vendas realizadas em KITS, nas quais as entradas se dão por códigos diversos aos utilizados nas saídas; d.2) o fisco desconsiderou as entradas de 5.000 unidades do item com o Código 3946329; f) Infração 08: desconsideração das NFs 281661, 494140 e 279608; g) Infração 10: equivoco das autuantes no cálculo da redução da BC de direito.

Pois bem, compulsando os autos e ponderando os argumentos de acusação e defesa, constato o seguinte:

Infração 01

A ocorrência de 31/12/2015, no valor de R\$ 6.872,23, como o próprio Impugnante admite, ainda que justifique representar mero erro na sua emissão (fl. 237), decorre de a NF 18.282 que suporta o crédito fiscal transferido de sua filial registrar o valor de R\$ 19.712,74, mas ter registrado em sua apuração o valor de R\$ 26.584,97.

Ocorre que na forma prevista pelo artigo 306 do RICMS-BA, a NF é o único documento legal que autoriza a transferência de movimentação de saldos apurados na conta corrente fiscal entre estabelecimentos de um mesmo contribuinte e quando comprovado destaque a menos do seu valor a utilização da eventual parte excedente fica condicionada a regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, conforme prevê o § 6º do artigo 309, também do RICMS-BA/2012, procedimento não efetuado pelo contribuinte autuado.

RICMS-BA/2012

Art. 309

§ 6º Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção”.

Assim, nessa ocorrência a acusação fiscal resta comprovada.

Para a ocorrência de 31/07/2016, no valor de R\$ 18,00, plotando na peça defensiva de fl. 113, cópia do livro RAICMS da autuada relativa ao período 01 a 31/08/2016, o Impugnante diz que o crédito apropriado como saldo credor transferido da filial foi R\$ 26.568,13 e na sua segunda manifestação à fl. 239 consta nova plotagem do livro RAICMS, agora para o período 01 a 31/07/2016, com o mesmo valor (R\$ 26.568,13) apropriados como “OUTROS CRÉDITOS”.

As autuantes refutam o argumento defensivo dizendo que a acusação é de julho/2016 e o quadro apresentado à fl. 113 é de agosto/16, mês distinto e o valor difere do lançado no RAICMS.

Ocorre que ainda que o demonstrativo sintético de fl. 40 indique a diferença de R\$ 18,00 em julho/16 (R\$ 23.586,13, de crédito apropriado no RAICMS – R\$ 23.568,13 de Nfe emitidas), contrariando a afirmação das autuantes, o demonstrativo analítico das NF (fl. 43) relaciona NFs de ago-16.

Ora, considerando essa incongruência e que R\$ 18,00 representam a inversão entre os numerais das dezenas dos respectivos valores (86 para 68), a ocorrência de 31/07/2016, resta elidida.

Infração parcialmente subsistente.

Infrações 02 e 05

Tendo em vista que suas alegações defensivas são de meras nulidades superadas na apreciação preliminar, sobre o mérito incidem as disposições dos artigos 140, 141 e 142 do RPAF.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Infrações subsistentes.

Infração 03

Das alegações defensivas (não tributou as operações interestaduais com mercadorias da ST, pois já ocorreu pagamento por antecipação e correção posterior do erro de tributação pela alíquota de 17% ao invés de 18%), como destacado pelo próprio Impugnante na sua segunda manifestação (fls. 290-291), corretamente revisando o procedimento fiscal refazendo a totalização do valor do ICMS das saídas de mercadorias, por item e por NF, confrontando os valores com os lançamentos do RAICMS, as autuantes confirmaram a afirmativa relacionada à correção para adequação da tributação sob alíquota de 18% e ajustaram o valor da exação para R\$ 69.824,12, conforme o demonstrativo de débito de fl. 205, e novos anexos contidos na mídia CD de fl.227, além de refutarem a alegação relativa às operações interestaduais com mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação.

Na manifestação subsequente à Informação Fiscal, o Impugnante aduziu seu argumento discordante dizendo que em que pese as operações com as mercadorias relacionadas serem interestaduais, elas ocorreram entre Estados signatários de convênio para o recolhimento do ICMS ST e que algumas operações de vendas interestaduais, seriam relativas a presentes cujos destinatários se situam na Bahia.

Ora, ponderando os argumentos de acusação e defesa frente à legislação de incidência sobre o caso, é de ver que bem agiram as autoridades fiscais autuantes, pois que, no caso, a ST na origem da mercadoria adquirida antecipa apenas a tributação subsequente relativa às operações internas no Estado de destino do adquirente revendedor, cujo ICMS ST é pago pelo remetente a favor do Estado de destino. Caso a revenda interna não ocorra, havendo subsequente operação interestadual, a operação ocorre normalmente tributada, permitindo-se o crédito do ICMS pago na anterior operação de aquisição. Ou seja, do ICMS normal e do ICMS ST, ambos destacados na NF de entrada da mercadoria subsequentemente vendida em operação interestadual, de modo a atender à não cumulatividade do ICMS e preservar o princípio federativo no que concerne à competência tributária dos Estados e Distrito Federal com relação ao ICMS.

Quanto ao procedimento que o Impugnante diz adotar para as operações interestaduais relacionadas a presentes cujos destinatários estariam na Bahia, ele não é o previsto na legislação, pois em ocorrendo anterior operação financeira sem entrega de mercadoria e posterior operação de efetiva saída de mercadoria, como bem informam as autoridades fiscais autuantes, elas não se conformam no CFOP elegido pela empresa autuada.

Portanto, acolhendo o valor corretamente ajustado por ocasião da Informação Fiscal de fls. 188-204, tenho a Infração 03 como parcialmente subsistente no valor de R\$ 69.824,12, conforme o demonstrativo de débito de fl. 205.

Infração 04

A alegação defensiva tem a mesma natureza da dada para a Infração 01. Nesse caso, alega que a divergência de R\$ 11.893,74 se deve a mero erro na emissão de transferência de saldo devedor pela NF 6079 emitida no valor de R\$ 23.789,00 ao invés de R\$ 11.894,50 correspondente ao saldo devedor transferido da filial 790, CNPJ 47.960/0754-82.

Portanto, tendo em vista o valor probante da NF referida, bem como as disposições contidas nos artigos 306 e 309, § 6º do RICMS-BA/2012, a acusação fiscal se confirma.

Infração subsistente.

Infração 07

Resulta de apuração por levantamento quantitativo em exercício fechado e a alegação defensiva consiste em: a) inobservância das vendas realizadas através de KITs, nas quais as entradas se dão por código diverso do utilizado nas saídas; b) desconsideração de mais de 5.000 movimentações do item código 3946329 – VENTILADOR MONDIAL TURBO SILENCIOSO.

Pois bem, para os casos de KIT's (alegação de comprar itens em separado e revende-los em KIT, ou vice-versa),

comumente conhecido como agregação ou desagregação de KIT, a legislação prevê adequação via CFOPs 1926 e 5926. Ou seja, assim controlando o estoque com emissão de NF: Com o CFOP 5926 para saídas de itens que irão compor o KIT e, concomitantemente, emitindo NF de entrada utilizando o CFOP 1926 para o novo item formado – KIT, não há que se apresentar diferenças na movimentação comercial dos itens que compõem o KIT.

Ademais, a legislação para tanto (inclusive, com orientação do Guia Prático da EFD), prevê o Registro 0220 da EFD para o contribuinte unificar a codificação da mercadoria adotando a mesma codificação para a entrada e saída com vistas a não distorcer a informação fiscal da EFD.

Ora, a contagem física de estoques de mercadorias obedeceu a legislação e seguiu a orientação da Portaria 445/98 (Estoque Inicial + Entradas – Saídas = Estoque Final). Nesse método, se a realidade encontrada do estoque final não estiver condizente com o estoque inventariado, como nesse caso, tem-se omissão de saídas de mercadorias.

Por óbvio, as quantidades de cada mercadoria devem constar nos registros fiscais (livros e NFs), e a legislação não admite levantamentos físicos paralelos sem amparo legal para justificar diferenças apuradas, quando a apuração se dá seguindo critérios aos quais o contribuinte deve obrigatoriamente cumprir.

Quanto à alegação da desconsideração de entrada de 5.000 unidades do item Ventilador Mondial Turbo Silencioso, Código 3946329 para compensar a omissão de saídas de 5.505 unidades do item Ventilador Turbo Silencioso VT-41, Código 3946329 apresentada no levantamento fiscal do exercício 2016, as autoras do feito admitiram razão ao Impugnante, pois, de fato, deixaram de agrupar o item 1-3946329 com o item 3946329, que possuem semelhantes códigos, apesar de diferentes descrições e, por consequência ajustaram o procedimento fiscal nesse sentido reduzindo o valor da ocorrência 31/12/2016 de R\$ 201.894,07 para R\$ 119.149,74, conforme os novos demonstrativos aportados por ocasião da Informação Fiscal, cuja cópia foi entregue ao sujeito passivo (fl. 225).

Na manifestação seguinte (fls. 253-255), além de observar sobre a parte acatada pelas autuantes, para esta infração o Impugnante apenas alega que as autoridades fiscais deveriam ter validado todas as suas justificativas, o que não é o caso, pois feitas por procedimento sem validade jurídica, conforme as normas atinentes à Escrituração Fiscal Digital – EFD.

Por consequência, acolhendo o ajuste efetuado, constato a subsistência parcial da Infração 07, cujo valor passa de R\$ 282.797,35 para R\$ 200.053,02, conforme o demonstrativo de débito de fl. 205.

Infração parcialmente subsistente.

Infração 08

Também apurada por levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, a alegação defensiva é de que as autuantes desconsideraram as NFs 281661, 494140 e 279608.

Do mesmo modo que visto para a infração anterior, as autuantes acolheram parte da alegação defensiva (mais precisamente com relação à NF 281.661), não incluída não computada no levantamento original e, também ajustaram o procedimento fiscal, cuja exação passou de R\$ 610,86 para R\$ 490,62.

Na manifestação seguinte, o Impugnante, além de observar o acatamento parcial de sua alegação, insistiu na relativa às outras NFs.

Por consequência, na manifestação subsequente (fl. 275) as autuantes informaram que as NFs foram sim, consideradas e por divergência de código e descrição, dos 12 itens contidos na NF 494.140, apenas um item não foi considerado.

Assim, também acolho o ajuste efetuado com relação à exação pela Infração 08, para declará-la parcialmente subsistente no valor de R\$ 490,62, conforme demonstrativo de débito de fl. 206.

Infração parcialmente subsistente.

Acusa recolhimento a menos de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes a aquisições de mercadorias fora da Bahia em que desde da defesa inicial o sujeito passivo alega improcedência tendo em vista que até 21.05.2016, o inciso XVII do artigo 266 do RICMS-BA/2012 dispunha redução de 29,41% em operações com aparelhos celulares, de forma que a carga tributária incidente correspondeu a 12%, o que foi desconsiderada pelas autuantes, já que em seus cálculos optaram por utilizar a MVA de 22,13% para os casos em que a alíquota interna é 7% e 15,57% para os casos em que a alíquota do outro Estado é 12%. Ou seja, desconsiderando o fato de que nas operações interestaduais deveriam ter utilizado a MVA ajustada.

Em outras palavras, alegou que ao invés das autuantes terem considerado a MVA ajustada de 15,19% para os casos em que a alíquota do outro Estado é 7% e 9% para os casos em que a alíquota do outro Estado é 12%, usaram as MVAs originais.

Por sua vez, ainda que na Informação Fiscal as autuantes tenham ratificado a exação original, na Informação Fiscal (fls. 276-279) subsequente à nova manifestação defensiva do sujeito passivo, reproduzindo toda a legislação a respeito (Convênio ICMS 135/06, artigo 289, § 14, do RICMS-BA/2012, e parte do ANEXO I do citado regulamento), ainda que observando que a norma citada pelo Impugnante (art. 266, XVII, do RICMS-BA) tenha extrapolado o alcance do Conv. ICMS 135/06, de fato, concede razão ao Impugnante, de modo que os prévios procedimentos efetuados e objeto de homologação por este lançamento de ofício estão corretos e, por consequência, destacam que a exação por essa acusação fiscal deve ser zerada.

Assim, tendo em vista a disposição contida no inciso III do artigo 167, do RPAF, por ser acertado, acolho o entendimento último das autoridades fiscais autoras do feito e declaro a Infração 10 como insubsistente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, com o seguinte demonstrativo de débito original para as Infrações 01 (apenas para a ocorrência 31/12/2015, tendo em vista a insubsistência da ocorrência 31/07/2016), 02, 04, 05, 06 e 09; e das fls. 205-206 para as Infrações 03, 07 e 08.

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF-BA/99, devido a desoneração ter atingido o patamar regimental.

O recorrente apresenta peça recursal às fls. 315/331, que inicialmente reproduz as infrações e a ementa da decisão de piso, relata também a tempestividade do recurso, passando para as razões:

Inicialmente, pede por reforma da Decisão recorrida. Na infração 1, alega pelo devido creditamento do exato valor de ICMS destacado na nota fiscal correspondente, sendo que afirma pela inaplicabilidade do art. 309, § 6º do RICMS/BA. Esclareceu que jamais houve o dito creditamento a maior, sendo que na verdade, os valores registrados no RAICMS foram exatamente iguais aos destacados nas notas fiscais, razão pela qual a acusação fiscal, nesse ponto, é improcedente. Salienta que a Decisão recorrida reconheceu, em parte, a improcedência apontada, especificamente, elidiu a cobrança do pretenso crédito concernente à competência de julho/2016, mas manteve a peça acusatória relativamente à exigência que se refere à competência de dezembro/2015.

No que toca à parcela mantida, infere que o entendimento da 2ª JJF foi que a recorrente teria desrespeitado o art. 309, § 6º do RICMS/BA, na medida em que alegadamente teria registrado valor de crédito maior que o destacado na nota fiscal sem que tivesse emitido documento fiscal complementar para regularização. Afirma que o entendimento manifestado é equivocado. Isso porque, em realidade, nunca houve registro de crédito em quantia distinta da indicada na respectiva nota fiscal, de molde que a previsão do art. 309, § 6º do RAICMS é inaplicável à espécie.

Explica que o próprio fiscal autuante aduz que a NF emitida em referência à competência de dezembro/2015 apontava o saldo credor de R\$ 30.478,22 e não R\$ 19.712,74, tal como consignado na decisão ora recorrida. Entretanto, alega que, na conta gráfica desse mesmo período, foi registrado crédito de R\$ 37.350,45, motivo pelo qual, não constatando a emissão de documento fiscal complementar para acobertar a diferença, haveria efetuado o lançamento em tela para cobrança do suposto crédito tributário relacionado ao recolhimento a menor.

Chama atenção para a memória de cálculo do quadro “CFOP 5602 – Saldo Creditor de ICMS” (fl. 318v), explicando que o quadro demonstra a razão de improcedência da acusação fiscal, sendo que o montante registrado pela ora recorrente em seu RAICMS foi exatamente o indicado na nota (a saber, R\$ 30.478,22), conforme LRA do ICMS, fl. 318v.

Afirmou que não há diferença entre o valor indicado na nota fiscal e o registrado na conta gráfica, mas, isto sim, completa identidade entre um e outro, sendo claro que, ao contrário do que restou consignado no r. decisório ora hostilizado, não havia que ser o emitido documento fiscal complementar a que alude a legislação tributária estadual. Como não houve uso de crédito em patamar superior ao declarado na nota fiscal, essa providência é dispensável, conforme o art. 309, § 6º do RICMS/BA, é aplicável exclusivamente aos casos em que há disparidade entre as quantias indicadas na nota fiscal e na escrituração contábil da contribuinte.

Percebe que a utilização do crédito é condicionada à emissão de novo documento fiscal se e

somente se “o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos”, porém, não se verifica nenhuma dessas duas situações. A nota fiscal emitida contém destaque do imposto no exato montante registrado na conta gráfica da ora recorrente. Logo, sustenta que está ausente o pressuposto da incidência do dispositivo em comento, não tendo esse o condão de impedir o gozo do crédito pela autuada tampouco de justificar a manutenção do Auto de Infração nesse particular.

Sustenta comprovado, que o crédito utilizado é igual ao destacado na nota fiscal, resta claro que não houve cometimento de infração na hipótese, sendo inaplicável o art. 309, § 6º do RICMS. Pede pelo provimento, julgando-se improcedente a infração.

Para a infração 2, pede pela nulidade pela aplicação de penalidade diversa da prevista na legislação por omissão da Decisão recorrida, pois ressalta que a sanção empregada não incide na espécie, sendo que reprime os casos em que a suposta conduta infratora apurada não importa descumprimento de obrigação principal, de sorte que, tendo sido atribuída à autuada o equívoco de recolher a menor o ICMS, não poderia a autoridade fiscal aplicar essa multa.

Consignou o entendimento da JJF, dizendo que considerou que o procedimento administrativo em tela estaria em conformidade com os dispositivos legais de regência. Não indicou, todavia, o exato motivo pelo qual o lançamento, no que toca à penalidade aplicada em decorrência da infração 02, estaria correto. Fato esse que, há de se convir, embora não ateste em absoluta a improcedência da peça acusatória nesse ponto, certamente milita em prol dessa conclusão.

Reporta, de fato, que se houvesse sido examinado esse ponto com maior vagar seguramente seria reconhecida a nulidade apontada na impugnação fiscal, eis que a multa lançada é inaplicável ao caso. Reproduz o art. 42, VII, “a” da Lei Estadual nº 7.014/96 e, diz que a penalidade aplicada é diversa da consignada na legislação para a infração em comento. Nota-se, em análise ao levantamento fiscal, que o crédito presumido, supostamente aproveitado de forma indevida, ocasionou, no entendimento do fiscal autuante, a falta de recolhimento de ICMS. Pergunta-se: “Caso assim não o fosse, por que motivo estaria o fiscal autuante lançando ICMS supostamente não recolhido?”.

Disse que apesar de fundamentar a penalidade no art. 42, VII, “a” da Lei Estadual nº 7.014/96, a autuação trata de caso completamente diverso. Enquanto que o referido inciso VII abrange apenas os casos em que não houve o descumprimento da obrigação principal, ou seja, infrações que não resultaram na ausência de recolhimento de ICMS, pois esta infração trata especificamente do lançamento do ICMS não recolhido em virtude da suposta utilização indevida de crédito fiscal presumido. Portanto, não há indicação clara e precisa da penalidade aplicada no Auto de Infração. Tal equívoco por parte da autoridade administrativa acaba por eivar o lançamento tributário de nulidade, conforme o art. 18 do Decreto nº 7.629/1999.

Fala ser necessário que o lançamento indique de forma clara e precisa as hipóteses legais nas quais a conduta e a correspondente penalidade se subsomem. A descrição dos fatos, a correta aplicação da penalidade e a precisa indicação dos dispositivos legais são necessárias para que se permita a qualquer intérprete verificar a legitimidade da aplicação da lei àquele ato concreto.

Lembrou balizas da garantia do contribuinte de receber suas autuações fiscais devidamente fundamentadas o princípio constitucional da motivação, princípio da legalidade e da tipicidade fechada (tipologia). Notou que não se trata de hipótese de mera imperfeição na capitulação legal da penalidade aplicada, mas sim de absoluta impossibilidade de compreensão da infração/penalidade que está sendo imputada à contribuinte, que, assim, não sabe ao certo do que se defender.

Frisou que, com base nos princípios e dispositivos legais citados, qualquer lançamento tributário, decorrente de infração à legislação, deve especificar a conduta típica do contribuinte e os dispositivos específicos tidos como infringidos pelo Fisco, bem como os que fundamentam as penalidades aplicadas. Sendo certo que, sem os quais, por ser impossível à ora recorrente

conhecer a acusação e a penalidade aplicada a si, acaba por impedir sua ampla defesa, bem como, o contraditório, tornando nulo o trabalho fiscal.

Sustentou que resta claro que, diversamente do que entendeu a instância de origem, a capituloção legal da penalidade aplicada é equivocada, ocasionando prejuízo à autuada e, bem assim, constituindo causa de nulidade.

No que pertine à infração 3, alega que existem mercadorias sujeitas à ST, sendo da impossibilidade de cobrança do ICMS na operação de saída, pois sustenta que relativamente às operações praticadas no exercício de 2015, todas mercadorias comercializadas estavam sujeitas à sistemática de ST, de sorte que não havia dever de recolhimento na saída, tendo o ICMS já sido pago na entrada. Outrossim, no que toca ao exercício de 2016, as incongruências apontadas já haviam sido corrigidas, não havendo crédito a ser cobrado.

Esclarece que a r. decisão ora recorrida, acolhendo os cálculos reformulados pelo fiscal autuante após a apresentação de impugnação fiscal (vide fl. 205), afastou apenas a exigência que se refere ao exercício de 2016. Relativamente ao exercício de 2015, porém, manteve o Auto de Infração ao argumento de que a substituição tributária incidente somente alcançaria as operações internas, não se estendendo às interestaduais, como as fiscalizadas.

Assinala que merece reparo a Decisão recorrida, pois sustenta que ST em questão, ao contrário do que se entendeu, não se limita às operações internas, mas alcança todas as posteriores ao momento de recolhimento, pois essa sistemática de tributação dos bens em questão encontra seu fundamento normativo no Convênio ICMS 92/2015, cujas Cláusulas Primeira e Segunda rezam o entende a recorrente.

Observou que esses preceptivos prescrevem que a substituição tributária que instituem é relativa “às operações subsequentes”. Afirma não houve, por outro lado, restrição de sua aplicabilidade às operações internas efetuadas no Estado de destino, tal como asseverou a instância de piso. Não obstante, acaso fosse do intuito do legislador que a ST se restringisse a alcançar apenas as saídas internas, ele certamente assim teria determinado mediante a inclusão do respectivo vocábulo (“internas”) na dicção legal. Precisamente por isso, é forçoso reconhecer que, ao utilizar a expressão genérica (“operações subsequentes”), o legislador teve por fito estabelecer um regime de tributação que alcança toda e qualquer operação praticada após o recolhimento concentrado, seja ela interna ou interestadual.

Assevera que, segundo regra basilar da hermenêutica jurídica que remonta à sabedoria romana, não cabe ao intérprete destituir onde o legislador não o fez (*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*). Se quem elaborou a regra normativa optou por uma expressão de maior alcance semântico, falece competência ao operador do direito para restringir os efeitos dessa regra através de uma redução, levada a efeito por meio de uma distinção inexistente no corpo do texto aplicado, do horizonte do sentido da expressão. O léxico genérico há de ser interpretado de forma ampla, descabendo, para fins de aplicação da respectiva regra, fazer distinção entre as situações que a ele se subsomem.

Acrescenta que não poderia a JJF distinguir, entre as “operações subsequentes” a que alude o Convênio ICMS 92/2015, as internas das interestaduais, limitando a substituição tributária às primeiras. Uma vez que o legislador não efetuou essa diferenciação, não poderia esse fisco, com todo o respeito, o fazer. Sendo assim, considerando que a ST em questão alcança também as operações interestaduais, conclui-se que não havia dever de recolhimento do ICMS nas operações de saída fiscalizadas, pois todo o tributo devido foi repassado aos cofres públicos em momento anterior, na entrada do bem revendido pela ora recorrente, não havendo para esta, qualquer dever de efetuar novo recolhimento.

Consigna que as operações fiscalizadas, ao contrário do que consta na peça acusatória e foi ratificado na r. decisão ora recorrida, não geram qualquer obrigação concernente ao pagamento de ICMS para a ora recorrente, que figura como ST, pois essa cobrança fiscal constitui verdadeiro

bis in idem. Tal fato se dá, pois, o suposto crédito tributário exigido, não custa insistir, já foi quitado pelo substituto tributário e, ainda assim, o fiscal autuante cobra-o novamente, desta vez em face da sociedade empresária substituída tributária.

Diz que à manutenção parcial da acusação fiscal relativamente à infração 03, deve ser reformado para se declarar a improcedência total da cobrança.

Em relação à infração 4, sustenta a improcedência da acusação, pois reporta que registro do saldo devedor é no valor exato do destacado na nota fiscal de transferência, sendo ser inaplicável o art. 309, § 6º do RICMS/BA. Saliente argumentação semelhante da imputação 1, no entanto, competência é de maio/2016. Entretanto, igualmente ao que se deu com a infração 01, explicou-se no bojo da peça de defesa ofertada que jamais houve dito uso indevido de crédito. O montante registrado na conta gráfica da ora recorrente equivale àquele informado no documento fiscal, conforme o quadro de fl. 323verso e o LRA do ICMS de fl. 324, onde mostra toda a memória de cálculo.

Infere-se que, novamente, o creditamento inquinado indevido é, em realidade, regular, não havendo que se falar em falta de emissão de documento fiscal complementar, na medida em que não há diferença entre o valor indicado na nota fiscal e o registrado na escrituração contábil da contribuinte. A identidade dos montantes, não custa repisar, afasta a aplicação do art. 309, § 6º do RICMS/BA.

Disse que como a contribuinte utilizou como crédito exatamente o valor que indicou na nota fiscal, ela não se creditou a maior, menos ainda deveria emitir qualquer outro documento fiscal para gozo desse direito de crédito. Afirma que não há mais o que se dialetizar, portanto. Mais uma vez, a r. decisão ora fustigada partiu do equivocado pressuposto de que o uso do crédito na hipótese dependeria da emissão de documento fiscal complementar, chegando à incorreta conclusão de o creditamento ter sido indevido. A reforma desse capítulo, com a consequente declaração de improcedência da acusação fiscal, é, pois, medida que se impõe.

Na argumentação da infração 5, pede pela nulidade devido à deficiência na fundamentação e equivocado enquadramento legal dos fatos. Esclarece que essa acusação contém motivação deficiente, amparando-se em uma remissão genérica a dispositivos legais que tratam da base de cálculo do imposto e sendo, por isso, nula, sendo rejeitada pela JJF.

Explica que, novamente, tivesse sido apreciada, maior detalhamento, essa razão de defesa, a nulidade certamente teria sido decretada. É que a acusação afirma-se amparada em dispositivos legais que tratam da base de cálculo, postos de forma genérica, sem especificação nenhuma, o que repercute negativamente sobre a legalidade do procedimento. Assim, a par da generalidade do conteúdo destes instrumentos normativos, fato é que o Auto de Infração não especificou qual tenha sido aquele/aqueles infringidos pela ora recorrente.

Nota-se que o Auto de Infração encontra-se fundamentando nos artigos 17 a 21 e 23, todos da Lei nº 7.014/1996, os quais contém diversos incisos, alíneas e parágrafos, entretanto sem qualquer especificação sobre quais destes tenham sido os efetivamente infringidos pela autuada, sendo preciso haver uma correlação específica entre normas e o fato dito infringente, qual seja a obrigação que deixou de ser praticada pelo contribuinte. À evidência, portanto, o enquadramento legal da suposta infração foi feito sem o necessário rigor técnico. A conclusão disto é que o Auto de Infração não contém elementos suficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária.

Pondera que a clareza da acusação é o primeiro pressuposto do devido processo legal, constituindo-se, na verdade, no ponto inaugural de uma relação dialética justa e pautada na igualdade dos litigantes. É por isso, inclusive, que a Lei do PAF (Decreto nº 7.629/1999) enfatiza que são nulos os lançamentos cujos elementos sejam insuficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária, restando imprestável, para todos os efeitos, ato administrativo dotado de fundamentação deficiente (implícita, obscura ou contraditória). Assim, deve ser declarada a

nulidade, aqueles em que o Auto de Infração não contém os requisitos para se determinar com segurança a infração (perfeita descrição dos fatos e norma legal infringida), conforme o art. 18, IV, “a” do RPAF.

Frisa que tais exigências legais, como se sabe, objetivam garantir o direito constitucional do contribuinte - especialmente para ter condições de exercer a ampla defesa e o contraditório — de conhecer com clareza e precisão a infração que lhe é atribuída e quais os fundamentos de fato e de direito em que se arrimou o autuante para caracterizá-la e definir a necessidade do recolhimento adicional de qualquer exação. Logo, com base nos princípios e dispositivos legais citados, qualquer lançamento tributário, decorrente de infração à legislação, deve especificar a conduta típica do contribuinte e os dispositivos específicos tidos como infringidos pelo Fisco. Sendo certo que, sem os quais, por ser impossível ao contribuinte conhecer a acusação conferida a si, acaba-se por impedir a sua ampla defesa, bem como, o contraditório, tornando nulo o trabalho fiscal.

Sustenta ser evidente a necessidade de uma precisa e minuciosa descrição do tipo legal que se entende violado, sob pena de impositiva decretação de nulidade de qualquer ato administrativo, em especial do lançamento tributário. Reproduz o art. 142 do CTN, roga para o artigo 5º, inciso LV, que o processo administrativo deve ser regido pelo princípio do devido processo legal, construído sobre a ampla defesa e o contraditório, os quais foram claramente desrespeitados no presente caso. Transcreve entendimento unânime da 1ª Seção do STJ, “*o ato administrativo que nega, limita ou afeta direitos ou interesses do administrado deve indicar, de forma explícita, clara e congruente, os motivos de fato e de direito em que está fundado (art. 50, I, e § 1º da Lei 9.784/99)*”. Reproduz julgados do Ceará e da Paraíba.

Quanto à infração 7, também suscita nulidade por inconsistência da acusação. Sucede que, na verdade, diferentemente do que entendeu a instância *a quo*, a fiscalização não observou, com exatidão, os procedimentos atinentes ao levantamento de estoque, o que configura inconsistência na acusação fiscal e, por consectário lógico, a macula de nulidade. Pontua que a Portaria nº 445/98 assim dispõe quanto ao rito a ser seguido pela autoridade fiscal para definição de eventual débito de ICMS mediante levantamento de estoque, conforme o art. 3º.

Referendou que o inciso I impõe ao fiscal autuante o dever de proceder com “criterioso rigor na quantificação das mercadorias”, devendo, nesse mister, considerar as tanto as quantidades de saída quanto as de entrada. Há, portanto, uma preocupação normativa em assegurar que o levantamento de estoque (i) será feito de modo judicioso, o que se depreende do uso da expressão “criterioso rigor”, e (ii) com a ponderação de todo o balanço contábil da autuada.

Pontuou que o inciso III expressamente consigna que sequer a falta de especificação de mercadorias pelo contribuinte fiscalizado afasta o rigor que deverá ser empreendido pela fiscalização. Assim, a leitura conjugada desses dispositivos, portanto, permite inferir que, nos termos da Portaria nº 445/98, o levantamento de estoque tem como diretriz orientadora o princípio da verdade material, como, aliás, é próprio de qualquer procedimento administrativo. Nessa senda, por força do citado princípio, incumbe à autoridade fiscal utilizar-se de todas as informações que lhe são disponíveis, de molde a apurar, com a maior exatidão possível, a realidade dos fatos investigados.

Afirma que não pode se contentar com apenas parcela das declarações prestadas pelo sujeito passivo ou mesmo se escusar sob o manto de existirem equívocos no cumprimento das obrigações acessórias. A busca pela verdade material obriga o agente administrativo a, independentemente de provocação, esgotar os meios existentes à investigação. Cita lição Celso Antônio Bandeira de Mello e ensinamento de José Souto Maior Borges.

Assinalou que o fato de não ter a ora recorrente seguido os trâmites devidos para emissão dos documentos fiscais que dão conta das agregações e desagregações de KITS não desonera o fiscal autuante de seu dever de examinar exaustivamente o estoque da contribuinte, tornando em consideração também as entradas e saídas que não foram registradas corretamente. Por essa

razão, contrariamente ao que tenciona a r. decisão ora recorrida, os equívocos em que incorreu a contribuinte quanto aos CFOPs aplicáveis ao caso ou à EFD não faz com que a fiscalização possa desconsiderar as saídas e entradas de mercadorias que foram agregadas ou desagregadas em KITS. Em virtude do princípio da verdade material, que encontra respaldo até mesmo na Portaria nº 445/98, como visto, incumbia ao senhor fiscal ir além desses erros formais, de forma a efetivamente sopesar as quantidades reais de saídas e entradas para determinação do estoque final.

Repisa que a diferença de estoque qualificada na peça acusatória como omissão, de entrada ou de saída, decorre precisamente de não ter sido considerada a venda em KITS - o que, insista-se, não poderia ter sido feito. Apresenta exemplo e chama atenção que o levantamento fiscal (vide anexo mídia - infração 07 que instruiu a impugnação fiscal) considerou que os produtos individuais - mini parabólica e receptor de TV digital - apresentavam 10 quantidades no estoque inicial e 0 no estoque final, obtiveram 549 saídas, entretanto só apresentaram 517 entradas (ou seja, omissão de entrada de 22 itens); ao passo que o KIT (código 494384-6) não teve nenhuma saída registrada, apesar de contar em seu estoque inicial com 22 itens e estar com estoque final zerado (ou seja, omissão de saída de 22 itens). Para melhor visualização do ora afirmado, observe-se a planilha “OMISSÃO CD 995” elaborada pelo fiscal (cf. linhas 86, 87 e 553 do anexo mídia - infração 07 que instruiu a impugnação fiscal).

Explica que as referidas inconsistências é o fato de o fiscal não ter considerado que a entrada dos referidos itens - mini parabólica e receptor de TV digital - deu-se através do código do KIT (494384-6), contudo a saída foi contabilizada através dos códigos de cada produto (494385-3 e 4943860) e, assim, ter encontrado a diferença imputada, ora como omissões de entradas, ora como omissão de saída.

Depreende-se que as pretensas omissões apuradas pela i. autoridade fiscal, na verdade, correspondem a operações que não foram examinadas pelo fiscal autuante, o que revela um descuidado no levantamento fiscal que, por atentar contra o princípio da verdade material, se alça à categoria de vício de nulidade, cuja decretação, mediante a reforma do v. decisório ora fustigado, é de rigor.

E, quanto à infração 8, alega nulidade por inconsistência no levantamento fiscal. Esclarece que, da mesma forma que no caso da infração 07, o lançamento tributário ora combatido não merece prosperar, haja vista a imperfeição no levantamento realizado pela fiscalização. De fato, nesse ponto, o senhor fiscal desconsiderou as Notas Fiscais de nºs 281661, 494140 e 279608 embora estas tenham sido devidamente lançadas no SPED.

Disse que na análise do levantamento fiscal que embasou a acusação 08 e observou que, apesar de as Notas Fiscais nºs 281661, 494140 e 279608 (vide doc. 3 da impugnação fiscal) serem relativas exatamente aos códigos das mercadorias autuadas por omissão de entradas, as quais, frise-se, estão devidamente lançadas no SPED (vide anexo mídia - infração 08 que instruiu a impugnação fiscal), sem qualquer motivo que o justificasse, não foram consideradas pelo i. fiscal cm seu levantamento.

Registra que as notas fiscais apresentam exatamente as mesmas quantidades de mercadorias que as imputadas como omissão de entradas no levantamento do fiscal. Indiscutível, portanto, que se o fiscal tivesse utilizado em seu levantamento as Notas Fiscais nºs 281661, 494140 e 279608, nenhuma diferença de estoque teria se verificado, não havendo que se falar em omissão de entradas.

Diante disso, reporta ser indiscutível que a autoridade autuante reportou-se de forma completamente insegura quanto ao levantamento em questão, não merecendo, por esse motivo, a autuação prosperar, sendo que a acusação revela-se, nesse cenário, pouco cuidadosa. Tivesse a fiscalização adotado o cuidado que é típico e indispensável aos procedimentos tendentes à cobrança de tributos, teria identificado, sem qualquer dificuldade, que o levantamento fiscal foi realizado de forma completamente equivocada.

Ressalta que a certeza e a liquidez do crédito tributário devem ser exatas na execução da técnica adotada pela fiscalização. Diante do exposto e levando-se em conta a insegurança causada na autuação pelas diversas inconsistências na realização do levantamento fiscal, espera-se que seja determinada a nulidade do Auto de Infração em comento. Junta jurisprudência dos órgãos de justiça administrativa (CRF/PB; Acórdão nº 153/2008; Recurso nº 019/2008; julgado em 29/10/2008; Relator Cons.: Gianni Cunha da Silveira Cavalcante; SEFIN- RO. TATE - 2ª Câmara. Acórdão nº 293/13. Recurso nº 446/11. Processo nº: 01-031642-3).

Finaliza requerendo provimento, de modo que, com a reforma da decisão de primeiro grau para que:

- seja declarada a improcedência total da infração 01, posto o devido aproveitamento do crédito fiscal;
- seja reconhecida a nulidade total da infração 02, tendo em vista a aplicação de penalidade diversa da prevista na legislação;
- seja declarada a improcedência total da infração 03;
- seja reconhecida a nulidade total da infração 04, tendo em vista o registro do saldo devedor no valor exato do destacado na nota fiscal de transferência
- seja reconhecida a nulidade total da infração 05, tendo em vista a deficiência na fundamentação legal;
- seja reconhecida a nulidade total das infrações 07 e 08, posto os graves equívocos no levantamento fiscal.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0195-02/19-VD, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 279462.0009/18-0, lavrado em 24/09/2018 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 1.439.397,82, pelo cometimento de 10 irregularidades.

Quanto ao mérito do Recurso de Ofício, observo que as reduções dos valores lançados decorreram do acolhimento, por parte das autuante, de algumas das alegações trazidas pelo Sujeito Passivo em sua petição impugnatória, oportunidade em que se constatou que alguns dos valores referentes nas infrações de 01, 03, 07, 08 e 10, careceriam de ajustes, as quais passamos a analisar:

A Infração 01 que cobrou a utilização indevida de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, houve o acatamento por parte do julgador de piso referente a competência 07/2016.

Na verdade, o que ocorreu foi a transferência de crédito entre filiais sendo que, segundo as autuantes, os valores escriturados no Livro de Apuração do ICMS, não condiziam com o total das notas emitidas. Conforme informado pelo próprio autuante, as notas de transferências são emitidas no mês subsequente em função da apuração dos saldos credores.

Analizando a ocorrência de 31/07/2016, no valor de R\$ 18,00, mais precisamente o demonstrativo sintético acostado pelo autuante às fls. 40, a possível diferença entre o total de R\$ 23.586,13 de crédito apropriado no RAICMS e de R\$ 23.568,13 referente a NFe emitidas não se sustentam, pois, o demonstrativo analítico das NF (fl. 43), também acostado pelo autuante, relaciona NFs emitidas em ago-16, que como o próprio já informou são referentes aos créditos de 07/2016.

Ao confrontar o Livro de Apuração do ICMS às fls. 113 e 239, é possível confirmar que não há diferenças, ademais, como bem destacou o julgador de piso o valor de R\$ 18,00 representa a inversão entre os numerais das dezenas dos respectivos valores (86 para 68), na ocorrência de 31/07/2016.

Acertada a decisão de piso.

A Infração 03, tratou de recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Ocorre que o sujeito passivo não tributou as operações interestaduais de mercadorias adquiridas com o pagamento da Substituição Tributária, alegando que como já teria ocorrido o pagamento por antecipação total, nada deveria ser mais cobrado e por fim pediu a correção posterior do erro de tributação pela alíquota de 17% ao invés de 18%.

O autuante acatou a segunda alegação tendo em vista que o sujeito passivo quando observou o equívoco na emissão das notas fiscais, onde teria aplicado 17% ao invés de 18% para as competências 03 e 04/2016, como determinava o inciso I, do caput do art. 15 dada pela Lei nº 13.461/15, efetuou os ajustes necessários em seu Livro de Apuração do ICMS.

Mantido o julgamento de piso.

Na Infração 07 foi feita a cobrança do ICMS através levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, a redução da infração decorreu do fato do autuante ter acatado a alegação da desconsideração de entrada de 5.000 unidades do item Ventilador Mondial Turbo Silencioso, Código 3946329 para compensar a omissão de saídas de 5.505 unidades do item Ventilador Turbo Silencioso VT-41, com o Código 3946329 apresentada no levantamento fiscal do exercício 2016, assim ajustaram o levantamento fiscal reduzindo o valor da ocorrência 31/12/2016 de R\$ 201.894,07 para R\$ 119.149,74.

Não requer reparos.

A Infração 08 também se refere a cobrança do ICMS através levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, só que agora na condição de responsável solidário, ou seja, pela aquisição de mercadorias sujeitas ao regime de ST sem a respectiva escrituração no livro das entradas. A defesa arguiu que as autuantes desconsideraram as Notas Fiscais nºs 281661, 494140 e 279608, que por sua vez acatou apenas a Nota Fiscal nº 281.661, sob o argumento que as demais haviam sido consideradas, assim a infração passou de R\$ 610,86 para R\$ 490,62.

E por fim a Infração 10, que cobrou Recolhimento a menor do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, foi considerada totalmente insubstancial em função do autuante ter acatado as alegações defensivas do sujeito passivo. O cerne da questão se passou em função dos itens autuados se referirem a aparelhos celulares, cujo o inciso XVII, do artigo 266 do RICMS-BA/2012 dispunha da redução de 29,41% nessas operações, de forma que a carga tributária incidente corresponde a 12%. Vejamos redação originária, vigente há época dos fatos geradores, no caso, com efeitos até 31/05/16:

"Art. 266. É reduzida a base de cálculo, podendo ser mantido integralmente o crédito fiscal relativo às entradas e aos serviços tomados vinculados a essas operações:

XVII - das operações internas com aparelhos celulares, de forma que a carga tributária incidente corresponda a 12% (doze por cento), mediante autorização do diretor de administração tributária da região do domicílio fiscal do contribuinte, não sendo concedida àqueles que se encontrem com débito inscrito em dívida ativa, salvo se a exigibilidade estiver suspensa,"

Os autuantes utilizaram equivocadamente a MVA de 22,13% para os casos em que a alíquota interna é 7% e 15,57% para os casos em que a alíquota do outro Estado é 12%, desconsiderando o fato de que nas operações interestaduais deveriam ter utilizado a MVA ajustada. O correto seria considerar a MVA ajustada de 15,19% para os casos em que a alíquota do outro Estado fosse 7% e 9% para os casos em que a alíquota do outro Estado fosse 12%.

Em nova Informação Fiscal (fls. 276-279), os autuantes acatam as alegações do sujeito passivo e o julgador de piso, por sua vez, atendendo ao disposto no inciso III, do artigo 167 do RPAF, que diz que não se incluem na competência dos órgãos julgadores a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, também acatou.

Assim, sendo, infração mantida improcedente.

Nego Provimento ao Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário, inicialmente esclareço que os pedidos de nulidades se confundem com o mérito, portanto conjuntamente serão apreciados.

A recorrente pediu pela reforma da Decisão recorrida alegando que, em relação a **infração 01**, teria feito o creditamento do exato valor de ICMS destacado na nota fiscal correspondente, sendo que nesse caso não se aplicaria o art. 309, § 6º do RICMS/BA. A infração imputada acusou a recorrente de ter creditado no mês de dezembro/2015 valor referente a ICMS Transferência totalizando R\$ 37.350,45, e que o total de Nota Fiscal emitida totalizaria R\$ 30.478,22, gerando uma diferença de R\$ 6.872,23, superior ao permitido.

Analizando os autos, à fl. 33, o autuante afirma que as notas fiscais de transferências são emitidas no início do mês subsequente ao do mês da apuração do Saldo Creditor, ou seja, para o crédito de transferência lançado no Livro de Apuração do ICMS de 12/2015, o lastro estaria nas Notas Fiscais são emitidas 01/2016. Pois bem, conforme SPED acostado aos autos, pude verificar que o valor lançado foi efetivamente: R\$ 37.350,45, vide print abaixo:

REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS		
CONTRIBUINTE: MAGAZINE LUIZA S/A		
CNPJ/CPF: 47.960.950/0754-82		INSCRIÇÃO ESTADUAL: 101489007
PERÍODO DA ESCRITURAÇÃO: 01/12/2015 a 31/12/2015		
Decodificação do código de ajuste		
3º Caráter	4º Caráter	
0 - ICMS (Operações próprias)	2 - Outros créditos	
DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO		
Código do Ajuste	Descrição do Ajuste	Valor do Ajuste
BA029999	OUTROS CRÉDITOS - OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE - ICMS Recebimento de saldo credor das filiais	37.350,45
	VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO POR CÓDIGO: BA029999	2.874.446,45
VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO		2.874.446,45

Entretanto, no Livro de Apuração do ICMS referente à Janeiro/2016, trazido aos autos pela recorrente, às fls. 318(v), podemos verificar que foram emitidas um total de R\$ 30.478,22, como podemos ver abaixo:

Livro Registro de Apuração do ICMS - RAICMS - Modelo P9					
Firma :	BA995 - MAGAZINE LUIZA S/A	Mês ou Período/Ano :	01/01/2016 a 31/01/2016	Processo de Emissão Número :	3070240
Entradas					
Codificação Contábil	Fiscal	Valores Contábeis	Operações com Crédito do Imposto	ICMS-Valores Fiscais	
			Base de Cálculo	Imposto Creditado	Isentas
1.102		9.824.623,92	8.901.116,06	1.505.958,86	
1.152		285.476,41	272.990,36	46.408,37	
1.253		22.606,71	0,00	0,00	
1.403		135.312,78	0,00	0,00	
1.409		5.479,43	0,00	0,00	
1.552		6.565,90	0,00	0,00	
1.556		63.813,50	0,00	0,00	
1.602		30.478,22	0,00	0,00	
1.605		700.938,90	0,00	0,00	
1.910		36.136,00	12.416,00	3.300,72	
1.921		10.577,69	0,00	0,00	
1.949		62.758,79	0,00	0,00	
2.102		24.806.623,66	23.406.411,40	1.954.866,80	
2.152		4.075.443,53	4.075.352,57	268.913,96	
2.403		3.920.609,49	0,00	0,00	
2.409		4.322,33	0,00	0,00	
2.552		70.741,17	0,00	0,00	
2.556		44.534,12	0,00	0,00	
2.910		57.312,53	0,00	0,00	
2.921		3.250,33	0,00	0,00	
2.949		25.177,46	3.634,46	436,13	
Subtotais Entradas					
1.000	do Estado	11.204.770,26	9.193.522,41	1.558.627,94	
2.000	de Outros Estados	33.006.014,62	27.485.398,43	2.254.216,89	
3.000	do Exterior	0,00	0,00	0,00	
Totais		44.212.784,87	36.678.920,84	3.812.914,83	

Diante dos fatos, entendo que a decisão foi acertada, remanescendo a ocorrência de 31/12/2015, no valor de R\$ 6.872,23.

Na **infração 2**, voltou a alegar nulidade pela aplicação de penalidade diversa da prevista na legislação tendo sido a Decisão recorrida omissa, ressaltou que a sanção empregada não incide na espécie da infração, disse que tendo sido atribuída à autuada o equívoco de recolher a menor o ICMS, não poderia a autoridade fiscal aplicar essa multa. Essa nulidade já foi apreciada em primeira instância, e entendendo não haver nulidade na infração, me alinho ao julgador de piso quando assim se posicionou:

"Ainda que não seja o caso, pois o enquadramento legal das infrações 02 e 05 estão em conformidade com a normativa específica, inclusive quanto às penalidades propostas, observo que se ainda assim não fosse, conforme dispõe o artigo 19 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia – RPAF, desde que pela descrição dos fatos se evidencie o enquadramento legal da infração, o erro da indicação não implica em sua nulidade."

Em relação a **infração 3**, voltou a alegar que existem mercadorias sujeitas à ST, havendo assim impossibilidade de cobrança do ICMS na operação de saída, sustentou que relativamente às operações praticadas no exercício de 2015, todas mercadorias comercializadas estavam sujeitas à sistemática de ST, de sorte que não havia dever de recolhimento na saída, tendo o ICMS já sido pago na entrada. Disse que quanto ao exercício de 2016, as incongruências apontadas foram corrigidas, não havendo crédito a ser cobrado, entretanto ressalte-se que remanesceu R\$ 2.712,95 referente a competência 04/2016.

O argumento utilizado é que, segundo seu entendimento a cláusula 2^a, do Convênio ICMS 93/2015, estabelecia que o regime de substituição tributária ou de antecipação do recolhimento do ICMS com encerramento de tributação, relativos às operações subsequentes, se aplicaria às mercadorias ou bens em qualquer saída, independente se a operação subsequente é interna ou interestadual. Vejamos, o julgador de primeira instância enfrentou bem o alegado, quando disse:

"(...), a ST na origem da mercadoria adquirida antecipa apenas a tributação subsequente relativa às operações internas no Estado de destino do adquirente revendedor, cujo ICMS ST é pago pelo remetente a favor do Estado de destino. Caso a revenda interna não ocorra, havendo subsequente operação interestadual, a operação ocorre normalmente tributada, permitindo-se o crédito do ICMS pago na anterior operação de aquisição. Ou seja, do ICMS normal e do ICMS ST, ambos destacados na NF de entrada da mercadoria subsequentemente vendida em operação interestadual, de modo a atender à não cumulatividade do ICMS e preservar o princípio federativo no que concerne à competência tributária dos Estados e Distrito Federal com relação ao ICMS."

Já para **infração 4**, pediu pela improcedência da acusação, pois reportou que registro do saldo devedor era no valor exato do destacado na nota fiscal de transferência, não sendo aplicável o art. 309, § 6º do RICMS/BA. Alegou que a infração seria semelhante da imputação 1, no entanto, a competência é de maio/2016. E que igualmente como ocorreu na infração 01, diz que não houve uso indevido de crédito, tendo em vista que o montante registrado no seu Livro de Apuração seria os mesmos das notas fiscais emitidas, e citou o quadro de fl. 323 (verso) e o LRE do ICMS de fl. 324, onde mostra toda a memória de cálculo.

Pois bem, analisando os argumentos acima, especificamente as folhas citadas e fazendo o cotejamento com o Livro de Apuração do ICMS acostado pelo autuante, pude observar que nesse caso, a recorrente tem razão.

Conforme já dito na infração 01, o autuante afirma que as notas fiscais de transferências são emitidas no início do mês subsequente ao do mês da apuração do Saldo Creditor, ou seja, para o crédito de transferência lançado no Livro de Apuração do ICMS de 05/2016, o lastro estaria nas Notas Fiscais emitidas 06/2016. Pois bem, conforme SPED acostado aos autos, pude verificar que o valor lançado foi efetivamente: R\$ 960.910,38, vide print abaixo:

REGISTROS FISCAIS DA APURAÇÃO DO ICMS - OPERAÇÕES PRÓPRIAS

CONTRIBUINTE: MAGAZINE LUIZA S/A

CNPJ/CPF: 47.960.950/0754-82

INSCRIÇÃO ESTADUAL: 101489007

PERÍODO DA ESCRITURAÇÃO: 01/05/2016 a 31/05/2016

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/05/2016 a 31/05/2016

Descrição	Valor R\$
SAÍDAS E PRESTAÇÕES COM DÉBITO DO IMPOSTO	5.980.374,56
VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO (decorrentes do documento fiscal)	0,00
VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO DO IMPOSTO	949.508,64
VALOR TOTAL DOS ESTORNOS DE CRÉDITOS	0,00
VALOR TOTAL DOS CRÉDITOS POR ENTRADAS E AQUISIÇÕES COM CRÉDITO DO IMPOSTO	4.387.446,45
VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO (decorrentes do documento fiscal)	0,00
VALOR TOTAL DOS AJUSTES A CRÉDITO DO IMPOSTO	3.159.635,16
VALOR TOTAL DOS ESTORNOS DE DÉBITOS	0,00
VALOR TOTAL DO SALDO CREDOR DO PERÍODO ANTERIOR	2.289.839,63
VALOR DO SALDO DEVEDOR	0,00
VALOR TOTAL DAS DEDUÇÕES	0,00
VALOR TOTAL DO ICMS A RECOLHER	0,00
VALOR TOTAL DO SALDO CREDOR A TRANSPORTAR PARA O PERÍODO SEGUINTE	2.907.038,04
VALORES RECOLHIDOS OU A RECOLHER, EXTRA-APURAÇÃO	0,00

Decodificação do código de ajuste	
3º Caráter	4º Caráter
0 - ICMS (Operações próprias)	0 - Outros débitos

DEMONSTRATIVO DO VALOR TOTAL DOS AJUSTES A DÉBITO

Código do Ajuste	Descrição do Ajuste	Valor do Ajuste
BA009999	OUTROS DÉBITOS - OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE - ICMS Fidal Origem EC87	18.598,26
BA009999	OUTROS DÉBITOS - OCORRÊNCIAS NÃO ESPECIFICADAS ANTERIORMENTE - ICMS Recebimento de Saldo Devedor das Filiais	930.910,38
VALOR TOTAL DE AJUSTES A DÉBITO POR CÓDIGO: BA009999		949.508,64
VALOR TOTAL DE AJUSTES A DÉBITO		949.508,64

Já cotejando as notas fiscais emitidas, acostada aos autos na planilha “Dem Transferencia Saldo ICMS 2016”, bem como o print do resumo do Livro de Apuração acostada pelo contribuinte, resta claro que a recorrente emitiu notas fiscais no total de R\$ 942.804,12, ou seja, a maior em R\$ 11.893,74, exatamente o valor do auto, ressalte-se que a planilha acostada aos autos fl. 40, o valor está positivo quando o autuante pega a coluna NFE EMITIDA e deduz as da informadas no RAICMS, como vemos abaixo:

CFOP 5150 => SALDO DEVEDOR ICMS		
2016	* NFe Emitida	RAICMS
jan/16	1.518.453,19	1.518.453,19
fev/16	981.889,22	981.909,02
mar/16	630.581,40	630.581,40
abr/16	511.766,33	511.766,33
mai/16	942.804,12	942.804,12
jun/16	495.485,93	495.485,93
jul/16	978.515,49	978.515,49
ago/16	837.670,82	837.670,82
set/16	220.945,00	220.945,00
out/16	755.978,42	755.978,42
nov/16	430.759,95	430.759,95
dez/16	927.479,25	952.734,04

Itens DMA's como saldo credor

*Reclame
01/10/2018*

Nilza B. de Santana
Auditor Fiscal 279462-8-0

Na **infração 5**, pediu pela nulidade devido à deficiência na fundamentação e equivocado enquadramento legal dos fatos. Arguiu que essa acusação continha motivação deficiente, sendo amparada numa remissão genérica a dispositivos legais que tratam da base de cálculo do imposto. Ora, a infração cobra ICMS recolhido a menor em função do erro na determinação da base de cálculo nas saídas de mercadorias escrituradas e ao analisar as planilhas que embasaram a autuação, restou claro que a recorrente teve todos os dados para se defender, tais como: Data, CFOP, Número da nota, NCM, Descrição, Base de cálculo, ICMS pago e ICMS cobrado.

Assim sendo, mantendo a infração, me alinhando ao julgador de piso quando assim se posicionou:

Tendo em vista que suas alegações defensivas são de meras nulidades superadas na apreciação preliminar, sobre o mérito incidem as disposições dos artigos 140, 141 e 142 do RPAF.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Quanto à **infração 7**, apurada por levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado também suscitou nulidade por inconsistência da acusação. Disse que a fiscalização não observou, com exatidão, os procedimentos atinentes ao levantamento de estoque. Pontuou que a Portaria nº 445/98 assim dispõe quanto ao rito a ser seguido pela autoridade fiscal.

O seu principal argumento é que apesar da recorrente não ter seguido os trâmites devidos para emissão dos documentos fiscais que dão conta das agregações e disagregações de KITS, não seria esse o motivo para que o autuante não examinasse exaustivamente o estoque da contribuinte, tomando em consideração também as entradas e saídas que não foram registradas corretamente.

Quanto ao argumento que a auditoria não seguiu a Portaria nº 445/98, discordo, a contagem física de estoques de mercadorias obedeceu a legislação quando aplicou a seguinte formula: Estoque Inicial + Entradas – Saídas = Estoque Final. Nesse método, se a realidade encontrada do estoque final não estiver condizente com o estoque inventariado, como foi o caso, tem-se omissão de saídas de mercadorias.

Quanto aos Kits, trouxe a informação de que considerou que os produtos individuais - mini parabólica e receptor de TV digital - apresentavam 10 quantidades no estoque inicial e 0 no estoque final, obtiveram 549 saídas, entretanto só apresentaram 517 entradas (ou seja, omissão de entrada de 22 itens); ao passo que o KIT (código 494384-6) não teve nenhuma saída registrada, apesar de contar em seu estoque inicial com 22 itens e estar com estoque final zerado (ou seja, omissão de saída de 22 itens), visualizando a planilha “*Estoque Dem Omissao Saída com ICMS_2015*” e a “*Estoque Dem Omissao Entrada com ICMS_2015*”, constato que assiste razão a recorrente, restou comprovado que não houve omissão de saída no valor de R\$ 1.123,72, apesar de não ter havido a NFE de agregação, a infração assim será reduzida.

Omissão de saída											
4943853	PC	MINI PARABOLICA 60 CM	1-Tributada	22	132,34	PrUltSaída	2.911,48	0	2.911,48	17	494,95
1-4943860	PC	RECEPTOR DE TV DIGITAL CLARO	1-Tributada	22	168,12	PrUltSaída	3.698,64	0	3.698,64	17	628,77
1.123,72											
Omissão de Entrada											
1-4943846	PC	KIT ANTENA CLARO 60M	1-Tributada	22	218,94	PrEstqFinal	4.816,68	100	4.816,68	17	818,84

Quanto à **infração 8**, alegou nulidade por inconsistência no levantamento fiscal. Voltou a afirmar que de fato, o autuante desconsiderou as Notas Fiscais de nºs 281661, 494140 e 279608 embora estas tenham sido devidamente lançadas no SPED.

Disse que ao analisar o levantamento fiscal que embasou a acusação 08 observou que as Notas Fiscais nºs 281661, 494140 e 279608 seriam relativas aos códigos das mercadorias autuadas por

omissão de entradas, pois seriam as mesmas quantidades de mercadorias que as imputadas como omissão de entradas no levantamento do fiscal.

Apesar das alegações acima, registre-se que as autuantes acolheram parte da alegação defensiva (mais precisamente com relação à Nota Fiscal nº 281.661), ajustando o procedimento fiscal, que passou de R\$ 610,86 para R\$ 490,62. Em relação a nota 279.608 foi acatada na primeira informação fiscal, inclusive reduzindo o item Smartphone Desc. CCE SK402 Pto Preto e por fim, a Nota Fiscal nº 494140 também foi considerada, dos 12 itens contidos na nota, apenas um item não havia sido considerado por divergência de código e descrição, o qual sequer constou como omissão de saída.

E por fim em relação a infração 10, que acusa recolhimento a menor de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes a aquisições de mercadorias fora da Bahia, a recorrente não se manifestou.

De todo o exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício e dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário, julgando a infração 04 Improcedente e reduzindo a infração 07 em R\$ 1.123,72. Assim, o montante do Auto de Infração fica conforme o quadro abaixo:

INF	RESULTADO	VL HISTÓRICO	VL. JULG.-JJF	VL. JULG.-CJF	MULTA
01	PROC. EM PARTE/N.PROVIDOS	6.890,23	6.806,27	6.806,27	60%
02	PROCEDENTE/N.PROVIDOS	40.848,44	40.848,44	40.848,44	60%
03	PROC. EM PARTE/N.PROVIDOS	386.556,02	69.824,12	69.824,12	60%
04	PROCEDENTE/PROVIDO	11.893,74	11.893,74	0,00	60%
05	PROCEDENTE/N.PROVIDO	55.542,44	55.542,44	55.542,44	60%
06	RECONHECIDA	3.341,17	3.341,17	3.341,17	60%
07	PROC. EM PARTE/N.P.-P.PROV.	282.797,35	200.053,02	1.123,72	100%
08	PROC. EM PARTE/N.PROVIDOS	610,86	490,62	490,62	100%
09	RECONHECIDA	65,96	65,96	65,96	60%
10	IMPROCEDENTE/N.PROVIDO	650.851,61	0,00	0,00	60%
TOTAL		1.439.397,82	388.865,78	178.042,74	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279462.0009/18-0, lavrado contra MAGAZINE LUIZA S/A, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$ 178.042,74, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 176.428,40 e 100% sobre R\$ 1.614,34, previstas, respectivamente no art. 42, incisos VII, “a”, II, alíneas “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os pagamentos efetuados.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2025.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATOR

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS