

**PROCESSO** - A. I. Nº 115484.0002/07-7  
**RECORRENTE** - COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0233-03/07  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 14/12/2007

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0477-12/07

**EMENTA:** ICMS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, devendo ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA DETERMINAÇÃO. OPERAÇÃO DE SAÍDA INTERNA POR TRANSFERÊNCIA. UTILIZAÇÃO DE ALÍQUOTA INTERESTADUAL. Nas operações internas, em que os remetentes e os destinatários das mercadorias estejam situados neste Estado, a alíquota prevista é 17%. Foi corrigido, de ofício, erro material existente na determinação do valor devido na infração 3. Rejeitadas as alegações de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (3ª JF) que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, o qual foi lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$331.959,24 [R\$242.688,58], em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2004. Valor do débito: R\$121.303,03.
2. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2004, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Valor do débito: R\$89.353,18.
3. Recolheu a menos o ICMS, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de novembro e dezembro de 2004. Valor do débito: R\$121.303,03 [R\$32.032,37].

O autuado se defendeu e, inicialmente, alegou que o débito tributário lançado carecia de liquidez e certeza. Quanto à infração 2, afirmou que não foram considerados os créditos fiscais a que fazia jus. No que tange à infração 3, disse que o seu direito de defesa foi cerceado, pois não foram identificadas as mercadorias que apresentavam erro na aplicação da alíquota cabível. Sustentou que as multas indicadas no Auto de Infração possuíam o caráter de confisco.

Ao prestar a informação fiscal, a autuante manteve a ação fiscal.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator afastou a alegação de nulidade do lançamento, afirmando que o processo estava revestido das formalidades legais previstas. As multas indicadas na autuação foram mantidas inalteradas, pois considerou a 3ª JJF que elas não possuíam o alegado caráter de confisco, pois estavam previstas na Lei nº 7.014/96.

No mérito, a Primeira Instância decidiu pela procedência da infração 1, por considerar que o autuado não apresentou qualquer elemento capaz de elidir a acusação. A infração 2 foi julgada procedente, sob o fundamento de que o levantamento quantitativo de estoque estava lastreado em documentos que o respaldava, ao passo que as alegações defensivas não apresentavam qualquer elemento capaz de modificar o levantamento realizado. A infração 3 foi julgada procedente, uma vez que as alegações defensivas não traziam qualquer elemento capaz de elidir a acusação.

Inconformado com a Decisão proferida pela 3ª JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que o Acórdão JJF Nº 0233-03/07 merece ser reformado, pois cumpriu todas as suas obrigações tributárias, principalmente no que tange ao ICMS.

O recorrente afirma que o seu livro Registro de Saída, cuja fotocópia anexou às fls. 514 a 605 dos autos, elide as exigências fiscais referentes às infrações 1 e 2. Sustenta que uma análise desses documentos mostra que o ICMS referente ao período de setembro a dezembro de 2004 foi corretamente escriturado e recolhido.

Afirma que foi um erro da autuante a cobrança do imposto referente à infração 2 com base no maior valor monetário, desconsiderando que a entrada de mercadoria no estabelecimento gera direito a crédito fiscal de ICMS. Alega que a Decisão recorrida contraria o princípio da estrita legalidade, pois nem a Constituição Federal, nem a Lei Complementar nº 87/96 e nem no CTN autorizam que se calcule o ICMS devido sem considerar os créditos correspondentes às entradas.

Ainda quanto à infração 2, diz que o imposto foi apurado mediante levantamento quantitativo, sem que os valores das saídas tivessem sido demonstrados. Alega que a autuação está baseada em suposta omissão de receita e, mesmo que essa omissão ficasse comprovada, não poderia a Decisão recorrida se sustentar numa portaria. Para respaldar suas alegações, transcreve ementas de decisões proferidas pelo Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro.

Quanto à infração 3, o recorrente alega que na autuação não foram identificadas as mercadorias que foram objetos desse item do lançamento, o que lhe impossibilitou saber quais as operações tributadas pela alíquota de 17% ou por outra menor. Diz que esse fato enseja a nulidade do Auto de Infração. Cita jurisprudência administrativa para corroborar suas alegações.

O recorrente alega que as multas aplicadas, nos percentuais de 50%, 60% e 70%, têm o caráter de confisco, o que é vedado pela Constituição Federal. Diz que essas multas são excessivas e desproporcionais ao valor do imposto cobrado.

Ao finalizar, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado Improcedente.

Em 10/09/07, após a interposição do Recurso Voluntário, o recorrente acosta ao processo os documentos de arrecadação estadual (DAEs) de fls. 611 a 625, referentes a recolhimentos efetuados a título de “ICMS Antecipação de Descredenciados” e “ICMS Antecipação Parcial”, relativos ao mês de dezembro de 2005. Assevera que esses documentos comprovam a regularidade das operações listadas na autuação.

Ao exarar o Parecer de fls. 627 e 628, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que os documentos apresentados pelo recorrente não elidem as acusações contidas no Auto de Infração. Referindo-se à infração 2, diz que não há como acolher a alegação recursal pertinente aos créditos fiscais, pois os créditos fiscais já foram apropriados quando da entrada das mercadorias. Sustenta que não procede a alegação recursal pertinente às multas, uma vez que elas decorrem de expressa determinação legal. Frisa que os documentos acostados às fls. 611 a 625 não elidem as infrações, já que são pertinentes a “ICMS Antecipado de Descredenciados” e a “ICMS Antecipação Parcial”. Ao finalizar, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Inicialmente, afasto as alegações de nulidade do lançamento, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com a legislação tributária pertinente, não havendo nele qualquer vício capaz de inquiná-lo de nulidade. A descrição das infrações imputadas ao autuado, a recorrente, é clara e precisa, a tipificação legal das irregularidades apuradas está correta e o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativos que evidenciam todos os elementos constitutivos do débito tributário que está sendo cobrado.

Por seu turno, a Decisão recorrida abordou todas as alegações expedidas na defesa, bem como foi proferida com a devida fundamentação. Não vislumbro qualquer vício que acarrete a nulidade da Decisão exarada pela Primeira Instância.

Adentrando no mérito, passo a apreciar as alegações recursais pertinentes à infração 1 e, de pronto, ressalto que as fotocópias do livro Registro de Saída apresentadas pela recorrente não possuem o condão de elidir a acusação em tela. Tendo em vista que o recorrente foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS regularmente escriturado nos seus livros fiscais, ele deveria, para elidir a acusação, apresentar a comprovação do pagamento do imposto ou demonstrar que tinha escriturado os seus livros fiscais de forma equivocada.

Por sua vez, os DAEs apresentados após a interposição do Recurso Voluntário e que estão acostados às fls. 611 a 625 também não se prestam para elidir a infração, pois são referentes ao mês de dezembro de 2005, período que não foi abarcado pela presente autuação.

O recorrente, tanto na primeira como na segunda instância, não comprovou ter recolhido o ICMS que está sendo cobrado, ou ainda que esse o imposto tivesse sido escriturado estava equivocado. Dessa forma, considero que a infração 1 subsiste integralmente e que, em consequência, foi acertada a Decisão recorrida.

Na infração 2, o recorrente foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido essa irregularidade apurada mediante a realização de um levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, referente ao exercício fechado de 2004.

Por meio desse levantamento quantitativo de estoques, ficou demonstrado que a recorrente, durante o exercício de 2004, realizou operações de entradas e de saídas de mercadorias desacompanhada da devida documentação fiscal. Considerando que em um mesmo exercício não se pode cobrar ICMS, concomitantemente, sobre a omissão de entrada e de saída, a legislação tributária estadual (§ 1º do art. 60 do RICMS-BA e art. 13, I, da Portaria nº 445/98) determina que seja cobrado o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, que no caso em tela foi a de saída. Não houve, portanto, violação ao princípio da estrita legalidade, já que o imposto foi cobrado em razão da realização de operação de circulação de mercadoria, conforme previsto em lei, ao passo que a metodologia empregada na realização do levantamento quantitativo de estoque é que seguiu dispositivos infralegais.

Também foi dito no Recurso Voluntário que foram desconsiderados os créditos fiscais referentes às aquisições de mercadorias. Essa alegação recursal, conforme já foi explicado na Decisão recorrida e no Parecer da PGE/PROFIS, carece de fundamentação que a respalde, pois os créditos fiscais pertinentes às mercadorias cujas saídas foram omitidas já foram apropriados pelo recorrente quando do ingresso dessas citadas mercadorias no seu estabelecimento. Se porventura, o recorrente deixou de registrar algum crédito fiscal em sua escrita, cabe a ele solicitar à repartição fazendária de seu domicílio fiscal a apropriação desses créditos, na forma prevista na legislação tributária.

Quanto à demonstração dos valores das saídas, não pode ser acolhida a alegação recursal, uma vez que o levantamento quantitativo de estoque está respaldado em demonstrativos que relacionam as entradas, as saídas, os estoques inicial e final e os preços médios de todas as mercadorias que foram incluídas no levantamento.

As decisões proferidas por outros órgãos julgadores administrativos e que foram citadas pelo recorrido, além de não vincular a presente Decisão, não se aplicam ao caso em apreciação, haja vista que tratam de situações diversas da que se encontra em lide.

Em face do acima comentado, a infração 2 subsiste e, em consequência, foi acertada a Decisão proferida pela Primeira Instância.

Relativamente à infração 3 – recolhimento a menos do ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota – não há como acolher a alegação recursal de cerceamento de defesa. O demonstrativo de fls. 330 a 350, discrimina todas as mercadorias que tiveram o imposto recolhido a menos em razão de erro na aplicação da alíquota. Esse demonstrativo também especifica as notas fiscais, as datas, os valores e os demais elementos necessários à caracterização da infração e ao exercício do direito de defesa. Saliento que, conforme o recibo à fl. 34, a recorrente recebeu cópia desse demonstrativo em arquivos eletrônicos, bem como dos demais demonstrativos que integram o Auto de Infração. Assim, não houve cerceamento do direito de defesa do recorrente.

Quanto ao mérito da infração 3, observo que o recorrente se limita a negar o cometimento da infração, sem contrapor números ou indicar especificamente algum equívoco contido na apuração do imposto. Considerando que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da exigência fiscal, considero que a infração está caracterizada e que foi correta a Decisão proferida pela Primeira Instância.

Ressalto que o valor devido na infração 3, de acordo com o Anexo IV (fls. 36 e 329), era de R\$32.032,37 e, no entanto, no Auto de Infração (fl. 2), no demonstrativo de débito (fls. 3) e no Acórdão JFJ Nº 0233-03/07 (fl. 492 e 493) foi considerado como sendo R\$121.303,03, o qual coincide com o da infração 1. Dessa forma, de ofício, retifico os valores devidos na infração 3 e no Auto de Infração para, respectivamente, R\$32.032,37 e R\$242.688,58.

Quanto às multas indicadas na autuação, também foi correta a Decisão da 3ª JFJ, pois essas penalidades são as previstas no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 para as irregularidades consignadas no lançamento e, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não cabe a esse órgão julgador apreciar aspectos da constitucionalidade da legislação tributária estadual.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida inalterada e, de ofício, retificar o valor devido na infração 3.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício retificar o valor do débito da infração 3 adequando-o ao constante do Anexo IV, fls. 329 dos autos, e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **115484.0002/07-7**, lavrado contra **COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO (EXTRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$242.688,58**, acrescido das multas de 50% sobre R\$121.303,03, 60% sobre R\$32.032,37 e 70% sobre R\$89.353,18, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de dezembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS