

**PROCESSO** - A.I. Nº 207351.0021/07-3  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CHOCOLATES GAROTO S/A.  
**RECORRIDOS** - CHOCOLATES GAROTO S/A. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1º JJF nº 0070-01/09  
**ORIGEM** - IFEP – DAT/SUL  
**INTERNET** - 01/10/2009

## 2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0282-12/09

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A comprovação da ocorrência de equívocos no que se refere à conversão da apresentação de vários produtos, ocasionou a revisão do lançamento. Infração parcialmente caracterizada. b) FALTA DE RECOLHIMENTO POR ANTECIPAÇÃO. A lei atribui ao fabricante a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente às operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes. Ajustes procedidos na fase de informação fiscal, pelo mesmo motivo acima conduz à revisão do montante do débito. Infração mantida parcialmente. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE VENDAS A CONTRIBUÍNTES DESTE ESTADO. IMPOSTO RETIDO A MENOS. Restou caracterizado que em relação às operações objeto da autuação, o contribuinte reteve e recolheu o tributo em montantes inferiores àqueles realmente devidos. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de realização de perícia. Afastada a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa. Decisão recorrida mantida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.**

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário, o primeiro interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, e o segundo pelo sujeito passivo, ambos com o objetivo de reanalisar a Decisão proferida em primeiro grau administrativo, sendo objeto dos presentes recursos as seguintes infrações:

**INFRAÇÃO 1** – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não comercializadas, no mesmo exercício;

**INFRAÇÃO 2** – Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente sem

o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

INFRAÇÃO 3 – Procedeu à retenção a menos do ICMS, e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas, relativo às operações internas subsequentes.

Os julgadores de primeira instância, ao analisarem a impugnação interposta pelo autuado, julgaram as infrações 1 e 2 parcialmente procedentes, sob os seguintes fundamentos:

*“(…) No que se refere às infrações 01 e 02, vejo que correspondem à exigência do ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em relação a mercadorias compreendidas no regime de substituição tributária. Enquanto a infração 01 decorreu da presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, derivada da apuração de omissões de entradas de mercadorias em montantes superiores às omissões de saídas, na infração 02 foi exigido o imposto que deixou de ser retido e recolhido em referência às operações de saídas de mercadorias.*

*Constato que o impugnante trouxe aos autos argumentações e documentos comprobatórios de que no levantamento que realizou, a fiscalização incorrera em diversos equívocos, em algumas situações por deixar de considerar os estoques iniciais ou finais de alguns dos itens arrolados no levantamento, enquanto que em várias outras situações comprovou que as conversões de quantidades compreendendo as apresentações de diversos tipos de produtos tinham sido efetuadas com inconsistências. O autuante, de forma acertada, realizou os ajustes pertinentes, quando excluiu da exigência atinente a essas duas infrações as quantidades de mercadorias que tinham sido consideradas de maneira incorreta.*

*Concordo com o autuante, também, quando não acatou a alegação defensiva atinente às Notas Fiscais de n.ºs 331.464 e 338.402 em relação ao produto de código 101.750, tendo em vista que no arquivo magnético não constava a identificação das mercadorias em questão.*

*Saliento, inclusive, que o autuado foi cientificado quanto ao teor da informação fiscal, porém não apresentou nenhuma manifestação, o que tomo como uma aceitação dos novos resultados como corretos. Desta forma, mantenho os novos valores indicados nos demonstrativos de fls. 335 a 338 (exercício de 2005) e 340 a 343 (exercício de 2006), de modo que essas infrações restam caracterizadas parcialmente (...).”*

No que concerne à infração 3, aduziu que a alegação do contribuinte de que não foram considerados os dados relativos às devoluções de mercadorias por parte de seus clientes não merecia ser acolhida, isto porque o Autuado demonstrou de forma insofismável que em todos os casos de retorno de mercadorias o contribuinte tivera consignado o crédito fiscal destacado nas notas fiscais correspondentes, tanto em relação às parcelas do imposto normal quanto àquelas referentes à substituição tributária. Mantida a infração.

Indeferiu o pedido de perícia, aduzindo que o próprio contribuinte trouxe aos autos os esclarecimentos e elementos que possibilitaram ao autuante efetuar a revisão do lançamento nos itens devidamente pertinentes e, tendo em vista que os autos encontravam-se devidamente instruídos, dispondo de elementos suficientes para formar o seu convencimento.

Votaram pela procedência parcial do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão proferida em Primeira Instância administrativa, o autuado ingressou com Recurso Voluntário aduzindo que o Acórdão hostilizado deveria ser reformado, vez que os julgadores *a quo* não consideraram, no levantamento quantitativo, a mercadoria identificada pelo código 101.750 (Bombons sortidos 200g). Segundo o recorrente, a referida mercadoria consta nas Notas Fiscais n.ºs 331.464 e 338.402, não havendo razão para a SEFAZ não considerar tais documentos para efeitos de exclusão do crédito fiscal lançado, tanto que o Autuado na sua impugnação requereu a produção de prova pericial para poder demonstrar as suas alegações, requerimento que foi liminarmente negado, ocasionando no cerceamento de sua defesa.

Quanto à infração 3, alegou que a Decisão recorrida violou frontalmente o princípio da não-comulatividade, tendo em vista que havendo a devolução da mercadoria, não pode o contribuinte por substituição ser impedido de reconhecer o crédito subsequente.

Ao final, pugna pelo acolhimento do seu Recurso Voluntário em sua totalidade, e caso não seja

acatado o referido pedido, requer a devolução dos autos à autoridade fiscal, a fim de que o recorrente, por via do exercício de defesa, realizar a prova pericial necessária.

A PGE/PROFIS, ao analisar o Recurso Voluntário, proferiu Parecer conclusivo no sentido de não prover o apelo, aduzindo em apertada síntese que inexistem nos autos argumentos jurídicos suficientes para provocar a reforma do *decisum*.

Disse que as infrações estão devidamente tipificadas e comprovadas mediante demonstrativos, notas e levantamentos fiscais elaborados com fundamento nos dados colhidos nos arquivos magnéticos enviados ao FISCO estadual pelo contribuinte.

Em relação ao argumento de violação ao princípio do cerceamento de defesa, alegou que o mesmo não restou configurado, vez que existem no presente PAF provas documentais suficientes à caracterização dos fatos geradores e, por via de consequência, para a formação da convicção dos julgadores.

Quanto à alegação pertinente às Notas Fiscais nºs 331.464 e 338.402, disse que a mesma não merece ser acolhida, vista que no arquivo magnético enviado à SEFAZ não aparece a identificação do produto indicado pelo recorrente.

No que concerne à infração 3, alegou que inexistente ofensa ao princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS, posto que ficou evidentemente comprovado que em todas as hipóteses de retorno de mercadorias devolvidas o contribuinte teve consignado o crédito fiscal destacado nas notas fiscais correspondentes, tanto em relação às parcelas do imposto normal quanto àquelas referentes à substituição tributária.

Ao final, opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Argui o autuado no seu Recurso Voluntário a nulidade da Decisão proferida em primeiro grau administrativo, aduzindo, para tanto, o cerceamento de defesa, tendo em vista o indeferimento da perícia requerida.

Analisando os argumentos trazidos pelo autuado, não verifico qualquer violação ao direito de defesa do autuado. Conforme se extrai no Acórdão guerreado a referida perícia foi devidamente afastada pelos julgadores *a quo* quando afirmaram que o próprio sujeito passivo trouxe aos autos todos os elementos necessários para esclarecer os fatos alegados, o que ocasionou a revisão do lançamento de ofício. Destaque-se, ainda, a afirmação de que os autos encontravam-se devidamente instruídos dispondo de elementos suficientes para a formação da sua convicção.

Comungando com os entendimentos externados pelos julgadores de Primeira Instância, afasto a preliminar de cerceamento de defesa, bem como o pedido de perícia.

Quanto ao mérito das infrações 1 e 2, sustenta o recorrente que a fiscalização, no levantamento quantitativo de estoques, deixou de considerar a mercadoria identificada com o código 101.750, constante nas Notas Fiscais nºs 331.464 e 338.402.

Compulsando os autos, constato que a Decisão recorrida não merece ser reformada, isto porque, como bem salientou ilustre relator do Acórdão hostilizado, as referidas mercadorias não foram computadas no levantamento quantitativo levado a efeito pela fiscalização, vez que foi constatada uma omissão de saída da referida mercadoria, enquanto que o imposto aqui exigido é decorrente da omissão de entradas.

No tocante à infração 3, entendo que a Decisão proferida em primeiro grau encontra-se correta. Verifico nos autos que o sujeito passivo embora alegue que os recolhimentos a menos apurados pela fiscalização sejam decorrentes de devolução de mercadorias por seus clientes, restou suficientemente comprovado que o autuado utilizou os créditos fiscais destacados nas referidas notas fiscais, em todos os casos em que houve a alegação de devolução das mercadorias, tanto

nas hipóteses em que o imposto foi apurado no regime normal de tributação, quanto no regime de substituição tributária.

No que concerne ao Recurso de Ofício, entendo que o mesmo deve ser improvido. Analisando a Decisão proferida em primeira instância administrativa percebe-se que as reduções levadas a efeito decorreram de uma revisão fiscal, elaborada pelo próprio autuante, restando sanados os equívocos no levantamento quantitativo de estoques.

Diante do exposto, voto no sentido em NÃO DAR PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário apresentado para que seja mantida inalterada a Decisão recorrida.

#### RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207351.0021/07-3, lavrado contra **CHOCOLATES GAROTOS S/A.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$63.584,76**, acrescido das multas de 70% sobre R\$28.485,18 e 60% sobre R\$35.099,58, previstas art. 42, incisos III e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. DA PGE/PROFIS