

**PROCESSO** - A. I. N° 057039.0016/10-4  
**RECORRENTE** - LESLEY HANSON DE MOURA (O BOTICÁRIO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0091-05/12  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 19/12/2013

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO C/JF N° 0389-12/13**

**EMENTA:** ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EMPRESAS DO SISTEMA DE FRANQUIA “O BOTICÁRIO”. O Centro Distribuidor dos produtos de perfumaria, cosméticos, higiene pessoal, nos termos do Regime Especial DITRI/GECOT 1.490/2006, é responsável na qualidade de contribuinte substituto pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações subsequentes de revenda dos produtos promovidos por empresas franqueadas do sistema “O Boticário”, localizadas no Estado da Bahia. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias de tais mercadorias deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal. Cabível ainda a exigência de ICMS de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o lançamento fiscal, condenando o autuado ao pagamento do imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$6.118,75, com os acréscimos de multas e correção.

O Auto lavrado contra o recorrente em 29/09/2011 decorre de 05 infrações, das quais apenas as infrações de nºs 2 e 3, abaixo transcrita, são objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

*Infração 2- Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2007. Valor R\$ 4.845,77, multa de 70%.*

*Infração 3- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, no exercício de 2007. Valor R\$ 969,15, multa 60%.*

Apreciados os elementos jungidos aos autos, os membros da 5ª JJF, decidiram, à unanimidade, pela parcial procedência da autuação, julgando improcedente a infração 1, procedente as infrações 2 e 3. Quanto às infrações 4 e 5, foram reconhecidas pelo Sujeito Passivo, como segue:

**VOTO**

(...)

*Cumpra, inicialmente, examinar o pedido de diligência fiscal suscitado pelo autuado para que se comprove o pagamento do ICMS feito pela empresa remetente das mercadorias, nas infrações 1 e 3.*

(...)

*Da análise das peças processuais, verifico, antes, que o autuado, na qualidade de varejista comercializa cosméticos, produtos de perfumarias e de higiene pessoal, mercadorias que, em princípio, não estão sujeitas ao regime da substituição tributária, nas operações internas, de acordo com o art. 353, II, RICMS BA. Contudo, foram selecionados para a Auditoria de Estoque, fls. 08/10, os produtos da franquía Boticário, especialmente submetidos à retenção e recolhimento do ICMS por substituição tributária, nas operações de revenda promovidas por empresas franqueadas do sistema, observado o disposto no Regime Especial DITRI/GECOT 1490, de 03.02.06, vigente à época dos fatos.*

*Por esse Termo de Acordo, é concedido Regime Especial a CÁLAMO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS DE BELEZA LTDA., centro distribuidor, empresa do grupo Boticário, que se obriga à proceder a retenção do ICMS por substituição tributária, quando realizar vendas internas para as empresas franqueadas no Sistema O BOTICÁRIO.*

*A partir de então, segue-se a regra geral, ocorrido o pagamento do ICMS por substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, salvo exceções expressas, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente (art. 356, RICMS BA).*

*Nessa toada, o Auditor Fiscal, em seu levantamento fiscal de auditoria de estoques, consubstanciado nas infrações 02 e 03, apurou no exercício de 2007, omissão de entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária (R\$ 28.504,58), implicando falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por tê-las adquirido sem a respectiva escrituração, no valor de R\$ 4.845,77 (fl. 54/55); além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA (margem de valor adicionado), por ter adquirido mercadoria de terceiro, sujeita ao regime de substituição tributária desacompanhada de documento fiscal, mediante levantamento quantitativo de estoques, no valor de R\$ 969,15 (fl. 52/53).*

*Verifico que o preposto fiscal elaborou demonstrativo de débito relacionando discriminadamente cada produto, objeto do levantamento quantitativo de estoque, no exercício 2007. Descreveu as notas fiscais de entradas do período, notas fiscais de saídas, demonstrativo do cálculo do preço médio, base de cálculo/valor dos impostos apurados, tudo a partir dos valores do livro inventário, demonstrativos do cálculo das omissões e apuração do ICMS antecipado (solidariedade) e do normal (MVA).*

*Em se tratando de levantamento quantitativo de estoques, elaborado em estrita obediência à legislação concernente à espécie e, em especial da Portaria 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, à vista dos demonstrativos acima anunciados, todos recebidos em cópias pelo autuado, manejados a partir da escrituração e documentos do próprio contribuinte, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA).*

*Assim, não agiu o defendente, limitou-se a afirmar que não recolheu o ICMS supostamente devido porque a empresa remetente das mercadorias já havia feito o pagamento do referido imposto, em inobservância do disposto no art. 143, RPAF BA: “a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.*

*Posto isso, restam caracterizadas as infrações 2, falta de recolhimento ICMS por responsabilidade solidária por aquisição de produtos cosméticos do sistema de franquía O BOTICÁRIO com imposto excepcionalmente antecipado por substituição tributária sem a respectiva escrituração das entradas, totalizando no exercício fiscalizado, R\$ 4.845,77; a infração 03, em decorrência, exige falta de recolhimento ICMS de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de MVA, no valor de R\$ 969,15.*

(...)

*Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:*

(...).

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, fls. 275 a 278, insurge-se o recorrente contra a Decisão proferida pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal aduzindo a improcedência das infrações 2 e 3, sob o argumento de que “... *ambas infrações também devem ser consideradas improcedentes, pois a oro recorrente não acolheu o ICMS supostamente devido porque a empresa remetente das mercadorias já havia pago o referido imposto, conforme se pode confirmar em diligência fiscal específica, providência desde já requerida pelo recorrente*”.

Ao cabo do seu arrazoado, pugna pela improcedência das infrações 2 e 3 com base na demonstração, após diligência, de que o imposto teria sido recolhido pela empresa remetente das mercadorias objeto das operações que deram azo à autuação.

A PGE/PROFIS, através de Parecer da lavra do Dr. José Augusto Martins Junior, fls. 283 a 284, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, aduzindo que “*não resta provado nos autos que as mercadorias adquiridas pelo recorrente, tenham sido enviadas pelo remetente com o imposto devidamente recolhido*”.

## VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar o acórdão JJF 0239-05/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação das infrações 2 e 3, que acusam o Sujeito Passivo de falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário e falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com os percentuais de MVA, ambas por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhada de documento fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques.

O Recurso Voluntário, que repisa *ipsis litteris* as razões de impugnação, remete ao fato de que o imposto correspondente às operações que deram azo às imputações 2 e 3 teria sido pago pelo remetente das mercadorias.

Por primeiro, há que se registrar que o lançamento derivou de levantamento quantitativo de estoques, feito absolutamente dentro dos ditames normativos e não contestado, o que empresta total fidedignidade às omissões apontadas no levantamento fiscal.

Por segundo, o apelo recursal cinge-se a negar a falta de recolhimento do imposto exigido, alegando o recorrente, sem qualquer elemento ou mesmo indício de prova, que o remetente das mercadorias teria feito o recolhimento correspondente.

No caso dos autos, o fisco exige imposto por substituição e por antecipação tributária, acusações que para serem elididas carecem de prova dos recolhimentos dos impostos correspondentes às operações em questão, o que não veio aos autos.

Do mesmo modo, o deferimento de diligência para a apuração da verdade dos fatos inerentes ao caso, também dependem de elementos que possam suscitar dúvidas quanto ao lançamento e a consequente necessidade de se converter o processo em diligência com o fim de dirimir as dúvidas suscitadas, o que também não aconteceu.

Ou seja, dos argumentos recursais, o único substarto obtido é, inexoravelmente, a negativa da existência de ato infracional, sem que nenhum elemento fosse trazido aos autos no sentido de provar o quanto alegado, ou mesmo que pudesse suscitar dúvida quanto ao lançamento.

Isto posto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao apelo recursal, aí incluída a denegação do pedido de diligência, pois, estão nos autos todos os elementos necessários à formação do meu convencimento.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **057039.0016/10-4**, lavrado contra **LESLEY HANSON DE MOURA (O BOTICÁRIO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$5.814,92**, acrescido da multa de 60% sobre R\$969,15 e 70% sobre R\$4.845,77, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$303,83**, previstas nos incisos XXII e XI, alterada pela Lei nº 8.534/02, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de novembro de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

LEILA VON SOHSTEN RAMALHO - REPR. DA PGE/PROFIS