

A. I. N° - 295898.0001/13-7
AUTUADO - ELLO ATACADÃO DE PRODUTOS LTDA
AUTUANTE - PAULIDES FERNANDES OLIVEIRA
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 17.12.2013

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0292-04/2013

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **c)** OMISSÃO DE SAÍDAS. PRESUNÇÃO LEGAL. **d)** VALOR DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA – O DAS ENTADAS. Infrações caracterizadas. Valor reduzido na informação fiscal em face de acolhimento de parte das alegações defensivas. Infrações parcialmente elididas. 2. CRÉDITO FISCAL. AQUISIÇÃO DE MERCADORIA CUJA SAÍDA POSTERIOR SE DEU COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. FALTA DE ESTORNO. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. Infrações reconhecidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/03/2013, reclama ICMS no valor de R\$ 274.599,85, imputando ao autuado as seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – 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 margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2010 e 2011). Valor: R\$29.171,72. Multa: 60%;

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2010 e 2011). Valor: R\$102.556,96. Multa: 100%;

INFRAÇÃO 3 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (2010). Valor: R\$15.111,54. Multa: 100%;

INFRAÇÃO 4 - Falta de recolhimento de 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 entrada – 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 contabilizadas, no mesmo exercício (2011). Valor: R\$68.672,06. Multa: 100%;

INFRAÇÃO 5 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. Valor: R\$22.248,08. Período: Fevereiro a dezembro 2010 e janeiro a dezembro 2011. Multa: 60%.

Consta que o contribuinte possui Termo de Acordo do Dec. 7799/00 e não efetuou o estorno de crédito, conforme determina o art. 6º do citado decreto.

INFRAÇÃO 6 – Efetuou 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 e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Valor: R\$36.839,49. Período: janeiro, fevereiro, outubro e dezembro 2010, fevereiro a abril, agosto a outubro 2011. Multa: 100%.

O autuado impugna o lançamento tributário às fls. 320/331. Transcreve as infrações e dos valores autuados reconhece: a) infração 01: R\$2.653,10, da ocorrência de 31/12/2010; b) infração 02: R\$9.537,93 da ocorrência de 31/12/2010; c) infração 05: o total exigido (R\$22.248,08); d) infração 06: o total exigido (R\$36.839,49).

Defendendo-se quanto ao mérito, argumenta:

Infrações 01 e 02

1) A Auditora Fiscal considerou em seu Levantamento Quantitativo de Estoques, tanto para o exercício de 2010 quanto para o de 2011, Notas Fiscais com movimentação de Saídas de mercadorias com o Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP 5.922 - Lançamento efetuado a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura (Classificam-se neste código os registros efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura), sendo que neste último exercício, o de 2011, também considerou o CFOP 5.908 - Remessa de bem por conta de contrato de comodato (Classificam-se neste código as remessas de bens para o cumprimento de contrato de comodato), cujo procedimento provocou distorções na apuração dos saldos de Omissão de Entradas (e de Saídas) constantes nos referido Levantamentos.

No exercício de 2011, depois de apurados os saldos de Omissão de Entradas e Omissão de Saídas, verifica-se a inversão do proposto no Auto de Infração, quanto à cobrança de imposto sobre omissão de entradas de mercadorias, por esta representar a maior expressão monetária, passando a ser o valor de maior expressão o de omissão de saídas, pois se constata os seguintes valores de Base de Cálculo:

Omissão de Entradas: R\$31.018,81

Omissão de Saídas: R\$43.254,09

Assim, a cobrança se transforma em omissão de saídas e não de omissão de entradas, e por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, cujo imposto já foi recolhido por antecipação e consequentemente não estando mais sujeito à sua cobrança, já que está encerrada a fase de tributação, a multa deverá obedecer ao que determina o Art. 5 da Portaria 445/98 combinado com o Art. 42, Inciso XXII da Lei 7.014/96, ou seja, R\$50,00 (cinquenta Reais) para casos de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente, senão vejamos:

Art. 5º, III da Portaria 445/98 (Anexo 05):

“Art. 5º Verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque:

(...)

III - no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas a tributação, deve ser aplicada a multa de 1 UPF-BA por descumprimento de obrigação acessória (RICMS/97, art. 915, XXII)."

Art. 42, XXII da Lei 7.014/96:

"Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

XXII - R\$ 50,00 (cinquenta reais), em caso de descumprimento de obrigação acessória sem penalidade prevista expressamente nesta Lei."

Acosta planilhas e documentos, relacionados abaixo, detalhando os quantitativos de saídas corretos, expurgadas as movimentações com os referidos CFOP's, produto por produto, indicando as Notas Fiscais emitidas com os CFOP informados acima, incluídas indevidamente, assim como anexa cópias das mesmas, para que produzam prova cabal sobre o fato.

Anexo 01 – Análise de Estoques 2010

Anexo 02 – Analise de Estoque 2011

Anexo 03 – Relação de Notas Fiscais com CFOP 5922 – 2010

Anexo 04 – Relação de Notas Fiscais com CFOP's 5922 e 5908 – 2011

Os Anexos 01 e 02 também contemplam os cálculos da

Antecipação Tributária por Substituição e ICMS Normal, adequando seus valores aos quantitativos corretamente computados.

A título de exemplo, demonstra abaixo alguns produtos que compõem os Anexos 01 e 02:

Exercício de 2010:

Cod. Produto	Omissão AI	Omissão Correta	Dif.	Relação NF com CFOP 5.922
10024	92	10	82	NF 3653=60 und + NF 3674=10 + NF2126=12 und – Total: 82 und
10085	200	00	200	NF 3782 = 200 und
10093	1.210	410	800	NF 614=600 und + 3633=150 und + NF 3670=50 und – Total: 800 und
11260	800	00	800	NF 1879 = 400 und + 2138=400 und – Total: 800 und

Exercício de 2011:

Cod. Produto	Omissão AI	Omissão Correta	Dif.	Relação NF com CFOP 5.922
10017	370	00	370	NF 7290=10 und + NF 9276=360 – Total: 370 und
10188	1.040	00	1.040	NF 3895=40 und + 4944=1.000 und – Total: 1.040 und.
10312	1.900	00	1.900	NF 7937 = 1.900 und
10661	12	07	05	NF 8068 = 05 und
13391	39	00	39	NF 5585 = 39 und com CFOP 5.908

Infrações 03 e 04

1) Duplicidade de cobrança de ICMS Normal: Alega que os demonstrativos acostados na lavratura do Auto de Infração mostram que os produtos autuados nas infrações 03 e 04 são os mesmos da Infração 02 em cujo Imposto Normal e consequente multa já se encontram cobrados e reconhecidos parcialmente.

2) Os valores em questão são originadas nos demonstrativos produzidos pela auditoria fiscal, no exercício de 2010 sob título “ENTRADA DE MERCADORIAS TRIBUTADAS MAIOR QUE A DE SAÍDAS_2010”, cujo valor final do ICMS é de R\$15.111,54 e que o Contribuinte não encontrou respaldo algum no enquadramento constante na infração.

Observa que se refere tão somente a repetição das omissões de entradas já discriminadas no demonstrativo intitulado “ICMS NORMAL - ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA - SAÍDA SEM TRIBUTAÇÃO_2010”, cuja diferença entre ambos é o lançamento do percentual de 44,675% no primeiro, oriundo de um outro demonstrativo sob o título de “PERCENTUAL DAS SAÍDAS TRIBUTADAS_2010” cujo resultado final foi a redução de base de cálculo do ICMS, ocorrendo o mesmo nos demonstrativos relativos ao exercício de 2011, alterando tão somente o número do exercício para 2011.

Salienta que nestas infrações (03 e 04), não existe qualquer menção da autoridade fiscal ao fato de ter sido utilizada a margem de valor agregado (MVA) para se chegar ao valor do ICMS supostamente devido.

Registra que as regras estabelecidas no artigo 13-II, “e” da Portaria 445/98, bem como o seu artigo 13 são inaplicáveis ao caso em tela, por se tratar de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, reguladas que são pelos artigos 10 e 11 da citada norma, cuja cópia acostamos ao presente PAF.

Apresenta o seguinte resumo das infrações reconhecidas e não reconhecidas:

Item	Infração	Ano	Valor R\$	Reconhecido R\$	Não Reconhecido R\$
1	04.05.09	2010	9.841,78	2.653,10	7.188,68
		2011	19.329,94	0,00	19.329,94
2	04.05.08	2010	33.861,57	9.537,93	24.323,64
		2011	68.695,39	50,00	68.645,39
3	04.05.04	2010	15.111,54	0,00	15.111,54
4	04.05.05	2011	68.672,06	0,00	68.672,06
5	01.05.03	2010	17.375,03	17.375,03	0,00
		2011	4.873,05	4.873,05	0,00
6	07.01.02	2010	17.874,68	17.874,68	0,00
		2011	18.964,81	18.964,81	0,00
		Total	274.599,85	71.328,60	203.271,25

Concluindo, diz que pelos argumentos produzidos e principalmente pelo conjunto probatório documental trazido ao Processo (ANEXOS 01 a 05), se comprova a insubsistência parcial e/ou total das infrações 01 e 02, enquanto que as infrações 05 e 06, ainda que não tenha cometido nenhum ato doloso no intuito de lesar o Erário, se submete e recolhe o que lhe é imputado no valor de R\$71.328,60 (Setenta e hum mil, trezentos e vinte e oito reais e sessenta centavos), solicitando sua homologação.

Pede seja declarada a IMPROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração.

A autuante presta informação fiscal às fls. 542/546. Descreve as infrações, resume os argumentos defensivos e, considerando as alegações defensivas, verifica que, para as infrações 01 e 02, inadvertidamente, foram incluídos os CFOPs 5.922 e 5.908 (“que não sensibiliza os estoques”) no cômputo do levantamento quantitativo dos exercícios 2010 e 2011, muito embora diz destacar a eleição do CFOP 5.117 utilizado para caracterizar as vendas do período, conforme recomenda a legislação do ICMS e, assim, mantém a integridade da ação fiscal.

Seguindo, diz que acatando a retirada dos CFOPs 5.922 e 5.908, listados nos Anexos 01 a 04 (fls. 340-534), fez novos levantamentos dos estoques por espécie de mercadorias para os exercícios 2010 e 2011 que indicaram nova movimentação dos itens que impactaram na apuração na apuração das omissões de entradas e saídas de alguns produtos. Refez os cálculos e retificou os valores conforme os novos demonstrativos que anexa às fls. 547-673, ajustando os valores exigidos: a) infração 01: 2010: de R\$ 9.841,78 para **R\$2.573,10**; 2011: de R\$19.329,94 para **R\$1.501,98**; b) infração 02: 2010: de R\$ 33.861,57 para **R\$9.533,78**; 2011: de R\$68.895,39 para **R\$4.120,69**.

Infração 03

Informa que essa infração se refere à omissão de entradas que apurou antes da retirada dos CFOPs 5.922 e 5.908, quando os cálculos não apresentavam omissão de saídas.

Aduz que a nova apuração aponta “omissão de entrada de mercadorias tributáveis maior que a de saída” nos exercícios 2010 e 2011 e, por isso, exige o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – operações de entrada – com base na presunção legal.

Infração 04

Informa que após a retificação constatou que a infração 03 e a 04 são a mesma infração 04.05.05 – Entradas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Saídas e, neste caso, sendo as mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, constatou a falta de recolhimento do ICMS por substituição tributária dividido pelas parcelas do imposto normal e substituído, sendo: 2010, retificado de R\$15.111,54 para **R\$3.659,36**, e, 2011, retificado de R\$ 68.677,06 para **R\$595,66**, conforme novo demonstrativo de fls. 576-587.

Infrações 05 e 06

Reconhecidas pelo Impugnante.

Concluindo, acatando reclames impugnatórios que entende justos, à fl. 546 apresenta quadro resumo das infrações ajustando o valor exigido de R\$274.599,85 para **R\$81.252,14** e pede que o AI seja julgado procedente em parte.

Intimado para conhecer os valores exigidos ajustados (fl. 677), às fls. 680-681, o contribuinte apresenta planilha reconhecendo devido os valores ajustados.

Às fls. 685-693 constam extratos SIGAT e DAES de pagamento dos valores reconhecidos.

VOTO

Constato que o lançamento de ofício está revestido das formalidades legais, considerando que estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, bem como expressos os dispositivos legais infringidos e relativos a cada situação, não estando presentes nos autos nenhum dos motivos de nulidades elencados na legislação enquadráveis nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/BA.

De plano, o Impugnante reconheceu o cometimento das infrações 05 e 06 nos valores exigidos originalmente e, não havendo lide sobre ela nem nada a ter que reparar sobre os aspectos formais, as tenho como subsistentes.

Infrações procedentes.

As demais infrações tratam de questões factuais cujo mérito foi atacado especificadamente pelo Impugnante na Defesa de fls. 321-331, como acima minudentemente relatado.

Na oportunidade da informação fiscal, acatando as alegações defensivas que entendeu pertinentes, a autuante refez o levantamento fiscal da autuação e ajustou os valores exigidos para as infrações contestadas parcial ou integralmente, apresentando o quadro demonstrativo de fl. 546 em que ajustou o valor originalmente exigido de R\$274.599,85 para **R\$81.252,14**.

Intimado para conhecer os valores exigidos ajustados (fl. 677), às fls. 680-681, o contribuinte apresenta planilha reconhecendo devidos os valores ajustados, onde indica que já na Defesa havia reconhecido R\$71.328,60 (87,77% do valor ajustado pela autuante) mais a diferença a recolher de R\$9.927,69 que complementa o valor ajustado de R\$81.252,14.

Assim, constatando que não há mais lide no caso em apreço e que as pertinentes alegações defensivas foram corretamente acatadas pela autora do feito em pauta, mantendo o demonstrativo de débito original para as infrações 05 e 06, acolho o demonstrativo de fl. 546 e

tenho as infrações 01 a 04 como parcialmente procedentes, as quais passam a ter o seguinte demonstrativo de débito:

Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
DEMONSTRATIVO					
31/12/2010	9/1/2011	16.194,71	17	60	2.753,10
DE DÉBITO	9/1/2012	8.835,18	17	60	1.501,98
Total Infração				4.255,08	
INFRAÇÃO 02					
31/12/2010	9/1/2011	56.081,06	17	100	9.533,78
31/12/2011	9/1/2012	24.239,35	17	100	4.120,69
Total Infração				13.654,47	
Infração 03					
31/12/2010	9/1/2011	21.525,65	17	100	3.659,36
Total Infração				3.659,36	
Infração 04					
31/12/2011	9/1/2012	3.503,88	17	100	595,66
Total Infração				595,66	

Voto pela PROCEDENCIA PARCIAL do auto de infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295898.0001/13-7, lavrado contra **ELLO ATACADÃO DE PRODUTOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$81.252,14**, acrescido das multas de 60% sobre R\$63.342,65 e 100% sobre R\$17.909,49, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de **20/12/11**.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2013.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUIZ ALBERTO AMARAL DE OLIVEIRA - JULGADOR