

**PROCESSO** - A. I. Nº 274068.0005/12-3  
**RECORRENTE** - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (ATAKADÃO ATAKAREJO)  
**RECORRIDO** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ nº 0029-02/13  
**ORIGEM** - IFEP COMÉRCIO  
**INTERNET** - 20/02/2014

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0031-11/14

**EMENTA:** ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE ENTRADA DA MERCADORIA NO ESTABELECIMENTO AUTUADO. Comprovado nos autos que a mercadoria não entrou no estabelecimento autuado, havendo apenas a remessa da nota fiscal. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 2ª JFJ, constante no Acórdão nº 0029-02/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epígrafado, lavrado em 27/08/2012, em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.

Consta da imputação que: O contribuinte efetuou entrada de mercadoria através da nota fiscal de emissão própria, com destaque de crédito a título de reclassificação de mercadoria, utilizando o CFOP 1.926 e saída de mercadoria com destaque de tributação a título de reclassificação de mercadoria, utilizando o CFOP 5.926. O valor do crédito superou o valor do débito. Tudo conforme Demonstrativo de Crédito Indevido – Anexo I, Demonstrativo de Notas Fiscais de Entradas CFOP 1.926 – Anexo 1 e Demonstrativo de Notas Fiscais de Saídas CFOP 5.926 – Anexo 3, que fazem parte deste auto e cujas cópias foram entregues ao contribuinte. No levantamento não foram consideradas as notas fiscais 654.290, 654.291 e 654.298, pois, de acordo com o processo 32748/2011-3, estas notas fiscais foram emitidas para lançamento efetuado a título de baixa de estoque e são objeto de pedido de restituição de crédito. Também aplica o artigo 93, I do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97. Valor: R\$187.835,34. Multa: 150%.

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 2ª JFJ proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 152/154):

*Inicialmente cabe destacar que o sujeito passivo reconheceu o valor relativo ao mês de novembro. Portanto, não existe lide em relação ao mesmo, o qual fica mantido da autuação.*

*Quanto ao valor relativo ao mês de dezembro a defesa diz discordar totalmente da cobrança referente, mas deixa para oportunamente discutir a cobrança, alegando a exiguidade de prazo para realizar a conferência e localizar os documentos necessários à comprovação do referido crédito fiscal.*

*O argumento defensivo não pode ser acolhido, pois o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.*

*Quanto a multa aplicada, entendo que não merece qualquer retificação, uma vez que foi corretamente aplicada na presente lide, pois restou comprovado que o sujeito passivo utilizou indevidamente de crédito fiscal por não haver entrada de mercadorias correspondente ao crédito utilizado, nas operações objeto da presente lide, não tendo nenhuma relação com as operações de entradas anteriores.*

*Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.*

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, com o propósito de obter a decretação de nulidade do Julgamento de piso, ou requerendo alternativamente, o provimento do Recurso para que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Inicialmente argui que não foram considerados no relatório e voto de primeira instância, fatos ocorridos na assentada de julgamento, momento que lhe foi permitido esclarecer aspectos da defesa em manifestação oral.

Chama atenção que foram apresentados esclarecimentos por escrito, acompanhado de provas que elidem totalmente a cobrança em relação ao mês 12/2007, sendo desprezado pelo Julgador, o que desrespeitaria os princípios do direito a ampla defesa e da busca da verdade material, motivo pelo qual requer a anulação do julgamento.

Explica que o Auto de Infração se refere ao procedimento utilizado para reclassificação de mercadorias, com a *“emissão de notas fiscais para fins de controle, como de saída com utilização do CFOP 5926, para registrar as movimentações internas de mercadorias submetidas a processo de reclassificação, objetivando a retirada das mesmas dos seus respectivos itens de estoques (saídas) e em seguida, a promoção do reingresso no estoque, em item diferente, reclassificadas portanto, através da emissão de nota fiscal para entrada, utilizando o CFOP 1926.”*

Ressalta que tal procedimento é realizado em razão da orientação recebida através do Parecer DITRI nº 17979, de 18/09/08.

Observa que nessas operações não ocorre a circulação de mercadorias e que portanto não incide ICMS, porém nas notas fiscais emitidas para saídas foi lançado o ICMS, e nas notas fiscais emitidas para retorno ao estoque das mercadorias reclassificada, também foi destacado o valor do ICMS.

Repete que *“as notas fiscais de saídas – CFOP 5926 – foram lançadas no registro de saídas (consequentemente o valor do imposto foi lançado no conta corrente e submetido à apuração no período apropriado, a débito) assim como as notas fiscais de entradas – CFOP 1926, que tiveram os valores do imposto lançados no registro de entradas, consequentemente, o valor do imposto foi compensado, a crédito.”*

Argui que do cotejo entre os valores lançados a débito com os lançados a crédito, constatou-se que os créditos foram superiores aos débitos gerados devido a ocorrência de falha nos controles.

Reconhece a cobrança relativa à competência 11/2007, todavia, em relação ao período de apuração 12/2007, considera que o preposto fiscal cometeu uma falha na elaboração dos demonstrativos, levando à cobrança indevida.

Isso porque *“não foram arroladas nos demonstrativos as notas fiscais de números 654290, 654291 e 654298, todas emitidas para registro de operações identificadas pelo CFOP 5926, com destaque do imposto e, consequentemente, com geração de débitos fiscais na conta corrente, devidamente escrituradas no Livro de Registro de Saídas, cujo valor do imposto destacado totaliza R\$202.994,01.”*

Requer a correção do levantamento deste período para a inclusão das notas fiscais mencionadas o que comprovaria que ao invés de utilizar crédito a maior, indevidamente, o fez a menor.

Quanto a aplicação da multa, torna a dizer que não houve circulação de mercadorias, pois trata-se, na verdade, de emissão de notas fiscais para reclassificação das mercadorias havidas em estoque, sem existência de circulação.

Informa que a multa de 150% prevista no Artigo 42, V, “b”, da Lei nº 7.014/96, deve incidir quando da *“...utilização indevida de crédito, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento...”*

Neste contexto, conclui que não se trata de entradas de mercadorias fisicamente e sim, meramente escritural, sendo a multa apropriada a prevista no Artigo 42, VII, “a”, da referida Lei, no percentual de 60%.

A PGE/PROFIS, no Parecer exarado às fls. 190, entendeu que os argumentos trazidos no Recurso Voluntário dependem de uma análise cuidadosa das provas acostadas, opinando que os autos fossem encaminhados ao autuante, para a verificação do período autuado de dezembro de 2007.

Incluído o processo em pauta suplementar, esta 1ª CJF deliberou pela conversão do julgamento do feito em diligência ao autuante, fl. 192, nos termos em que foi sugerido pela PGE/PROFIS, bem como para verificar se houve o deferimento do pedido de Restituição nº 32748/2011.

Em cumprimento ao quanto solicitado, a Autuante se manifestou às fls. 195/197, esclarecendo que o “*Processo nº 032748/2011-3 acatou as notas fiscais com sendo do CFOP 5.927 (lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração), porém o respectivo processo foi indeferido por outro motivo, conforme folhas 200/201 do respectivo PAF*”.

Informa que intimou a empresa para apresentar os originais das notas fiscais das folhas 175/183, porém a mesma manteve-se silente.

Ademais, ressalta que no levantamento não foram consideradas as Notas Fiscais nºs 654.290, 654.291 e 654.298, pois de acordo com o Processo nº 032748/2011-3 estas notas fiscais foram emitidas para lançamento efetuado a título de baixa de estoque e são objeto de pedido de restituição de crédito.

Chama atenção que o recorrente deu entrada em Processo de Restituição nº 089489/2009-6, fls. 116/119, alegando que as Notas Fiscais nºs 654.290, 654.291 e 654.298 eram de ajuste de estoque e que havia por equívoco calculado as quantidades a maior, sendo o pedido indeferido, visto que as notas tinha o CFOP 5.926 (lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação) e não o CFOP 5.927 (lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração).

Assim, informa que “*o recorrente entrou com outro Processo nº 032748/2011-3, fls. 103/115, solicitando revisão do Parecer nº 22869/2010, alegando que o descumprimento de obrigação acessória (fundamentação do indeferimento) não invalidaria a realidade de recolhimento indevido aos cofres Públicos, ou seja, afirmando que o CFOP 5.926, constantes nas notas, foi um erro e que na realidade se trata de operação de ajuste de estoque, motivo pelo qual os valores das Notas 654.290, 654.291 e 654.298 foram considerados no Processo nº 032748/2011-3*”.

A Autuante afirma que por essa razão, a empresa foi intimada a recolher o imposto apurado e como não o fez, foi lavrado o presente Auto de Infração.

Conclui que as Notas Fiscais nºs 654.290, 654.291 e 654.298 não são de CFOP 5.926 (lançamento efetuado a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação) e sim do CFOP 5.927 (lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração), portanto, não seria devida a utilização destas notas no Auto de Infração em epígrafe.

Intimado da conclusão da diligência, o recorrente às fls. 206/209 diz que a intimação não continha qualquer dado que demonstrasse tratar da diligência e reitera os termos do Recurso.

Instada a emitir Parecer conclusivo, a PGE/PROFIS, através da procuradora Dra. Maria José Ramos Coelho, às fls. 237/239, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão.

Preliminarmente observa que a arguição de nulidade da Decisão de 1º grau deverá ser rechaçada, pois não há vícios ou falhas na lavratura do Auto de Infração, bem como na sequência dos atos administrativos realizados pelo fisco estadual.

Ressalta que o lançamento tributário atende aos pressupostos e requisitos de validade formal descrito no art. 39 do RPAF/99, enfatizando, ainda, que a 2ª Instância administrativa determinou a conversão do feito em diligência fiscal, em homenagem ao princípio da verdade material.

Quanto ao mérito, verifica que as razões trazidas pelo Recorrente não comprovam a legitimidade da utilização do crédito fiscal de ICMS.

Neste contexto, assevera que a diligência fiscal assegurou a correção do levantamento relativo ao mês de 12/2007, sendo que as notas fiscais apresentadas não poderiam ser inseridas no levantamento fiscal, eis que foram lançadas a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração e não a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação.

Por fim, aponta que o art. 143 do RPAF estabelece que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Consta às fls. 241/244 termo de confissão de dívida referente ao exercício de 11/2007.

Em assentada de julgamento no dia 09.01.2014, o preposto do recorrente requereu prazo para a juntada da documentação que comprovaria a entrada das mercadorias, bem como a reclassificação, o que foi acatado por esta CJF.

Assim, foram anexados aos autos cópias dos espelhos de Nota de Entrada e cópia do Livro Registro de Entrada, para que fosse realizado o cotejo com os documentos já acostado ao processo.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0029-02/13, prolatado pela 2ª JJF, que julgou procedente o Auto de Infração epígrafado, em razão da utilização indevida de crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento ou serviço não ter sido prestado.

Analisando a preliminar de nulidade da Decisão de 1º grau, entendo que a mesma traz alegações que carecem respaldo legal, pois não vislumbro fundamento jurídico capaz de inquinare de nulidade a Decisão da 1ª Instância, que se baseou nos dados acostados aos autos, enfrentando os argumentos trazidos na defesa inicial, de forma clara e plena, e com a observância dos procedimentos formais exigidos, oferecendo pleno direito de defesa e do contraditório.

É cediço que no processo administrativo fiscal reina o princípio da verdade material, devendo o Julgador perquirir a verdade em sua plenitude, de forma a retratar os fatos como realmente ocorreram.

Ocorre que, na impugnação de fls. 128/132 o Recorrente diz expressamente que referente ao mês de 12/07 não houve prazo para localizar os documentos, deixando a exposição para uma etapa posterior, o que, até o julgamento de 1ª instância, não havia sido feito.

Ao apresentar a defesa ocorreu a preclusão consumativa, haja vista que o ato já se consumou, não podendo, o Recorrente, fazê-lo, outra vez, salvo se concedida a reabertura do prazo de defesa, o que não foi a hipótese dos autos.

O §1º do art. 123 do RPAF/99 tem previsão expressa nesse sentido, *in verbis*:

*§1º A matéria relacionada com a situação que constitua o objeto da lide deverá ser alegada de uma só vez.*

Ademais, não pode o Recorrente que se manteve inerte no momento da apresentação da impugnação inicial, requerer nulidade por não ter sido apreciadas questões que não foram trazidas no momento tempestivo, em razão do quanto previsto no §2º do art. 18 do RPAF/99:

*§ 2º Não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem lhe houver dado causa ou se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.*

No mérito, melhor sorte não socorre ao recorrente.

Isso porque, na busca da verdade material o presente feito foi convertido em diligência para que fosse analisadas suas razões de apelo, sendo esclarecido que os valores das Notas Fiscais nºs 654.290, 654.291 e 654.298 foram consideradas no Processo nº 032748/2011-3 e excluídas do levantamento, para que o resultado demonstrasse o estoque sem a influência destas notas.

Assim a conclusão chegada através do Parecer nº 21161/2012, às fls. 199/201, foi que “comparando o imposto a recolher do estoque com o imposto lançado através das Notas Fiscais nºs 654.290, 654.291 e 654.298 ficou um saldo a recolher no valor de R\$230.389,22.”

Diante do informalismo do Processo Administrativo Fiscal e buscando dirimir a lide em consonância com os fatos, essa 1ª CJF excepcionalmente concedeu prazo para que o Recorrente juntasse aos autos provas de que as mercadorias entraram no estabelecimento.

Ocorre que a documentação acostada pelo Contribuinte foi insuficiente para tal fim. Não restou claro se houve a efetiva entrada das mercadorias, nem mesmo foi feita uma relação que demonstrasse as aludidas reclassificações.

Ademais, as alegações de que as mercadorias foram utilizadas no restaurante estão desacompanhadas de qualquer documentação probante.

Neste processo, verifico que as alegações apresentas pelo Sujeito Passivo foram insuficientes para elidir a infração, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento das mesmas, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

Por fim, mantenho o entendimento que a multa aplicada é correta para o fato em questão, haja vista que não ficou comprovado a entrada real das mercadorias, mas sim que o Recorrente utilizou indevidamente crédito fiscal sem a devida entrada da mercadoria correspondente ao crédito utilizado.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão recorrida, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos, de fls. 241/246.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº **274068.0005/12-3**, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. (ATAKADÃO ATAKAREJO)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$187.835,34**, acrescido da multa de 150%, prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de janeiro de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS