

PROCESSO	- A. I. Nº 206882.0325/05-8
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ELSON'S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
RECORRIDOS	- ELSON'S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0283-03/13
ORIGEM	- INFAS ATACADO
INTERNET	- 09/06/2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0135-12/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, bem como o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou modificado. Não acolhida as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recursos NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 13/12/2013 (Acórdão de fls. 1446 a 1452) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2005, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 178.994,46, em decorrência da constatação de 03 (três) infrações, relativas ao exercício de 2004 e 2005, consoante documentos às fls. 01 a 03 dos autos.

O Recorrente, já em sede de defesa, concordou com a Infração 01, e impugnou parcialmente as Infrações 2 e 3, que segundo ele, deveriam totalizar R\$ 1.769,92 e R\$ 2.810,53 respectivamente, já tendo efetuado o recolhimento dos referidos valores que entende devidos, bem como das multas.

Assim, e em razão da desoneração parcial reconhecida pela JJF, tanto o Recurso Voluntário como o Recurso de Ofício tratam das mesmas infrações:

RO e RV - Infração 2: *Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada no exercício de 2005. Valor do débito: R\$126.351,34.*

RO e RV - 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, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 2004/2005. Valor do débito: R\$52.643,12.*

Após a apresentação da defesa (fls. 434/435), o agente autuante apresentou correspondente

informação fiscal (fls. 776/777), onde acatou integralmente as razões de defesa apresentadas, opinando pela procedência parcial do lançamento, requerendo a homologação dos pagamentos.

Considerando que na informação fiscal a autuante reconheceu a possibilidade de erro no levantamento fiscal, sendo observado que não foi acostada ao PAF qualquer nota fiscal para comprovar correção dos demonstrativos elaborados pelo deficiente, acatados pela autuante, a JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 882), para Auditor Fiscal estranho ao feito:

1. Intimar o autuado a apresentar os documentos fiscais originais, que foram objeto do levantamento fiscal.
2. Com base nos documentos fiscais do autuado, verificar se a autuante somou as quantidades das notas fiscais de remessa para vendas fora do estabelecimento com as notas fiscais de vendas efetivas, conforme alegado pelo deficiente, fazendo as necessárias exclusões.
3. Confrontar os dados apresentados pelo deficiente com o levantamento fiscal, de acordo com os documentos originais do autuado, retificando as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 092/2008 (fls. 883/885), foi realizada a diligência solicitada, sendo informado pelo diligente as providências adotadas. O diligente salienta que o deficiente apresentou 887 segundas e terceiras vias de notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento, deixando de apresentar as primeiras vias. Diz que as cópias das notas fiscais apresentadas são da série “1” (fls. 1219 a 1224), mas não foi possível checar se as mercadorias são as mesmas, em razão do código utilizado nos mencionados documentos ser diferente do código transmitido eletronicamente para a SEFAZ, constante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, e os demonstrativos apresentados com a impugnação (fls. 447 a 766) não mencionam esta série de notas fiscais. Informa que os documentos constantes nesses demonstrativos de fls. 477 a 766 são das séries 2 a 18, portanto, são notas fiscais de saídas, conforme fls. 895 a 904-B, das quais o diligente não visualizou lançamento em duplicidade nos demonstrativos da fiscalização de fls. 242 a 418. O diligente salienta que as notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento apresentam características inadequadas ao RICMS/BA; foram emitidas eletronicamente, observando-se duplicidade de numeração de controle em suas emissões, mas não foi constatado duplicidade de lançamento nos demonstrativos da fiscalização. O diligente cita exemplos e afirma que não visualizou as notas fiscais “série 1”, computadas em duplicidade com as notas fiscais de saídas de outras séries. Concluindo, o diligente informa que: a) não foram apresentadas as primeiras vias das notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento com os controles dos postos fiscais; b) com base nos documentos fiscais apresentados, não constatou correlação entre os códigos das mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento com aquelas que foram vendidas, e os códigos estão desassociados daqueles cadastrados na SEFAZ; c) as Notas Fiscais de Remessa para venda fora do estabelecimento apresentadas, mencionam o código da mercadoria com sete dígitos, enquanto o cadastrado na SEFAZ tem quatro dígitos, salientando que as notas fiscais de venda não apresentam o código nem a descrição completa da mercadoria; d) os dados apresentados pelo deficiente foram confrontados com o levantamento fiscal, em razão dos desencontros entre os códigos das mercadorias constantes nas notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento e os códigos que o autuado cadastrou na SEFAZ por meio dos arquivos magnéticos. Assim, o diligente informa que não foi possível refazer o levantamento fiscal na forma solicitada.

O autuado se manifestou às fls. 1233 a 1238.

Considerando que na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC foi citada a possibilidade de erro nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, a JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1270) solicitando que a autuante:

1. Intimasse o autuado a apresentar os arquivos SINTEGRA retificados, com base nos dados constantes nos documentos fiscais originais, concedendo o prazo de trinta dias.

2. Se apresentados os arquivos SINTEGRA solicitados, após fazer os testes de consistências, retificasse as quantidades das mercadorias consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novos demonstrativos.
3. Quanto aos estoques, considerasse as quantidades, constantes no livro Registro de Inventário apresentado à época da fiscalização.
4. Confrontasse os dados apresentados pelo defensor com o levantamento fiscal, de acordo com os documentos originais do autuado.
5. Incluísse as quantidades consignadas nas notas fiscais, ainda não consideradas;
6. Quanto às vendas externas, considerasse as Notas Fiscais de vendas efetivas, desprezando remessas e retornos.
7. Retificasse as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 1274/1275, apresentando o entendimento de que as recomendações contidas na diligência fiscal já integram a peça vestibular do PAF e que “*em conformidade com o princípio da segurança jurídica, não é recomendável que a ação revisional seja executada pelo mesmo preposto que lavrou a peça inicial*”. Sugeriu que a diligência solicitada seja realizada por preposto da ASTEC.

A Junta de Julgamento Fiscal encaminhou nova diligência à ASTEC solicitando que o diligente:

1. Se manifestasse quanto aos argumentos apresentados pelo defensor, esclarecendo os questionamentos relativos aos códigos das mercadorias e primeiras vias das notas fiscais não apresentadas para a diligência anteriormente realizada.
2. Se necessário, intimasse o autuado a apresentar os arquivos SINTEGRA retificados, com base nos dados constantes nos documentos fiscais originais.
3. Se fossem apresentados novos arquivos SINTEGRA e documentos fiscais, e sendo constatada inconsistência no levantamento fiscal, retificasse as quantidades das mercadorias consignadas incorretamente, elaborando novos demonstrativos.
4. Quanto às vendas externas, considerasse as Notas Fiscais de vendas efetivas, desprezando remessas e retornos.

O PAF foi encaminhado pelo CONSEF à Infaz de origem para que o Inspetor Fazendário designasse Auditor Fiscal estranho ao feito no sentido de que fosse atendida a diligência solicitada.

De acordo com o Parecer às fls. 1284/1285, o autuado foi intimado a retificar os arquivos magnéticos, tendo em vista que foram constatadas inconsistências em relação ao Registro 54. A empresa atendeu parcialmente a solicitação, tendo retificado apenas as notas fiscais de entrada, sob a alegação de que as notas fiscais relativas às saídas efetivas das vendas em veículos eram emitidas manualmente e, consequentemente, para fazer as retificações teria que digitar item por item, e que não haveria tempo hábil para tanto.

A diligente informa que, considerando que todas as mercadorias comercializadas pelo autuado estão sujeitas à substituição tributária e que o levantamento quantitativo visa apenas detectar a existência de omissão de entradas, foi elaborado novo levantamento com a exclusão das saídas (CFOP 5415) e das devoluções (CFOP 1415), levando-se em conta que todas as entradas de mercadorias estão corretas. Diz, ainda, que foi elaborado um demonstrativo das saídas e devoluções de mercadorias para as vendas em veículos, cuja diferença está mais ou menos coerente com os resultados das omissões de saídas do levantamento quantitativo, conforme quadro que elaborou na fl. 1284. Após os ajustes realizados e os novos demonstrativos elaborados, o débito apurado ficou modificado, conforme demonstrativo de débito à fl. 1285 em que, no quadro sintético imputou ao orçamento o valor de R\$ 100,00 referente à Infração 01, de R\$ 0,00 referente à Infração 02 e de R\$ 10.295,55 referente à Infração 03.

À fl. 1443 do PAF, o autuado foi intimado da diligência fiscal e dos novos documentos acostados aos autos, constando Aviso de Recebimento à fl. 1444, comprovando a entrega da correspondência. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0082-03/11 (fls. 1446/1452), a Junta de Julgamento Fiscal, por unanimidade, julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, *acatando em parte a revisão efetuada por preposto da ASTEC e fiscal estranho ao feito da Inspetoria Fazendária*. Isto porque, a JJF acatou a diligência quanto à Infração 03, mas assim decidiu quanto à Infração 02:

Na diligência fiscal realizada, também foi apurada omissão de entradas no exercício de 2004 (demonstrativos às fls. 1350/1354), bem como em relação ao exercício de 2005 (demonstrativos às fls. 1430/1433 do PAF). Entretanto, no demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 1285, não constou qualquer valor referente à responsabilidade solidária (infração 02), tendo sido indicado débito somente em relação à antecipação tributária, considerando que se trata de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Saliente que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V (INFRAÇÃO 02). É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98 (INFRAÇÃO 03).

Assim, com base nos demonstrativos elaborados na última diligência fiscal às fls. 1354 e 1432/1433 dos autos, foram calculados os valores devidos, referentes aos exercícios fiscalizados (2004 e 2005), conforme quadro abaixo:

ANO	OMISSÃO DE ENTRADAS (R\$) (A)	ALIQ (B)	RESP. SOLIDÁRIA (ICMS NORMAL) (C = A X B)	ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA MVA (D)	BASE CALCULO C/ MVA (E = A X 1,40)		ANTEC TRIB (E X B - C)
2004	4.354,04	17%	740,19	40%		6.095,66	296,07
2005	147.051,20	17%	24.998,70	40%		205.871,68	9.999,48
T O T A L			25.738,89	-		-	10.295,55

Conforme já foi dito anteriormente, não foi exigido imposto por responsabilidade solidária em relação ao exercício de 2004. Como no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, quanto à infração 02, conclui-se pela sua subsistência parcial, sendo devido o imposto, apurado após a revisão efetuada, relativamente ao exercício de 2005, no valor de R\$24.998,70, representando-se à repartição fiscal para instaurar novo procedimento em relação ao imposto por responsabilidade solidária do exercício de 2004, no valor de R\$740,19.

Em relação à infração 03, concluo pela procedência parcial, no valor total de R\$10.295,56, sendo R\$296,07 referentes ao exercício de 2004, e R\$9.999,48 correspondentes a 2005.

Apreciando Recurso Voluntário apresentado pelo Recorrente, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, acatando Parecer da PGE/PROFIS decidiu pela nulidade da Decisão de primeira instância (fls. 1485/1488), com o entendimento de que restou provado nos autos a existência de vício constante na intimação para ciência do resultado da diligência realizada pela inspetoria de origem. Por isso, os autos foram devolvidos a esta Junta de Julgamento Fiscal para o devido saneamento e proferir nova Decisão.

À fl. 1501 a Junta de Julgamento fiscal encaminhou o presente processo em diligência à Infaz de origem para intimar o defendante ou seu representante legal no endereço constante na Procuração à fl. 1239, a tomar conhecimento da diligência realizada por Auditora Fiscal estranha ao feito, fornecendo no ato da intimação cópias das fls. 1284 a 1437 (relatório da diligência e demonstrativos), com a indicação do prazo de dez dias para o autuado se manifestar, querendo.

Sendo apresentada nova manifestação pelo autuado, foi solicitado que o PAF fosse remetido ao autuante para se manifestar acerca das alegações defensivas.

O Recorrente foi intimado, conforme fls. 1504/1505, e se manifestou às fls. 1507 a 1512. Após reproduzir os itens da autuação e fazer uma síntese dos fatos, o Recorrente voltou a informar que é uma empresa cujo objeto social é de representação comercial, distribuição de produtos alimentícios, de limpeza, de higiene pessoal e outros produtos de consumo. Afirma que não adquire mercadorias de terceiros para revender, trabalhando com o auxílio de distribuidores. Que a suposta omissão de saída decorreu de um erro nas somas das quantidades de notas fiscais de remessa para vendas com as notas fiscais de venda efetiva, gerando uma duplicidade de saída e

levando a apuração de entradas omitidas. O Recorrente diz que a autuante insiste em não acompanhar os Pareceres emitidos pelos Auditores quando da realização das diligências, já tendo feito diversas alterações nos valores apresentados.

Intimada acerca da Diligência, a agente autuante, desta vez, volta atrás e contradiz a sua informação fiscal (fls. 776/777), desta vez acatando o Parecer às fls. 1284/1285.

Após a instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 3ª JJF para novo julgamento em 13 de novembro de 2013, que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração o que fez nos seguintes termos:

VOTO:

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS e 2004 e 2005, sendo multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de exigido o imposto por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

O autuado impugnou parcialmente as infrações 02 e 03, referentes ao exercício de 2005, alegando que constatou erro na apuração das saídas de mercadorias. Disse que atua com vendas externas ao estabelecimento, e por ocasião das saídas das mercadorias emite nota fiscal com CFOP 5415, sendo emitida a nota fiscal de venda no momento da venda efetiva, e nota fiscal de retorno CFOP 1415, para as mercadorias eventualmente não vendidas. Afirmou que a autuante somou as quantidades das notas fiscais de remessa para venda com as notas fiscais de venda efetiva, o que resultou em apuração das saídas em duplicidade, levando à conclusão equivocada de que houve omissão de entradas.

Na primeira informação fiscal, a autuante acatou as alegações defensivas e os cálculos apresentados pelo contribuinte, afirmando que reconhece a procedência das alegações defensivas, esclarecendo que a inclusão do CFOP 5415 no levantamento fiscal realizado, utilizando o sistema SAFA, invariavelmente apresentou duplicidade das saídas relativas aos respectivos produtos. Disse que foi realizada a necessária retificação do levantamento fiscal, acatando os dados apresentados pelo autuado.

Por determinação desta Junta de Julgamento Fiscal, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, com a conclusão de que os dados apresentados pelo defendant foram confrontados com o levantamento fiscal, sendo constatados desencontros entre os códigos das mercadorias constantes nas notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento e os códigos que o autuado cadastrou na SEFAZ.

Em nova diligência realizada por preposto estranho ao feito, da Inspetoria Fazendária, foram elaborados demonstrativos das saídas e devoluções de mercadorias para as vendas em veículos e, após os ajustes realizados e refazimento dos cálculos, o débito originalmente apurado ficou modificado, conforme demonstrativo de débito à fl. 1285.

Analizando o levantamento fiscal originalmente efetuado, constatei que a autuante deixou de exigir o imposto por responsabilidade solidária, que deveria ter sido calculado sobre a omissão de entradas apurada no exercício de 2004, conforme demonstrativo resumo de fls. 25/26.

Na diligência fiscal realizada, também foi apurada omissão de entradas no exercício de 2004 (demonstrativos às fls. 1350/1354), bem como em relação ao exercício de 2005 (demonstrativos às fls. 1430/1433 do PAF). Entretanto, no demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 1285, não constou qualquer valor referente à responsabilidade solidária (infração 02), tendo sido indicado débito somente em relação à antecipação tributária, considerando que se trata de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Saliento que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V (INFRAÇÃO 02). É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98 (INFRAÇÃO 03).

Assim, com base nos demonstrativos elaborados na última diligência fiscal às fls. 1354 e 1432/1433 dos autos, foram calculados os valores devidos, referentes aos exercícios fiscalizados (2004 e 2005), conforme quadro abaixo:

ANO	OMISSÃO DE ENTRADAS (R\$) (A)	ALIQ (B)	RESP. SOLIDÁRIA (ICMS NORMAL) (C = A X B)	ANTECIPAÇÃO		ANTEC TRIB (E X B - C)
				TRIBUTÁRIA MVA (D)	BASE CALCULO C/ MVA (E = A X 1,40)	
2004	4.354,04	17%	740,19	40%	6.095,66	296,07
2005	147.051,20	17%	24.998,70	40%	205.871,68	9.999,48
T O T A L			25.738,89	-	-	10.295,55

Conforme já foi dito anteriormente, não foi exigido imposto por responsabilidade solidária em relação ao

exercício de 2004. Como no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, quanto à infração 02, conclui-se pela sua subsistência parcial, sendo devido o imposto, apurado após a revisão efetuada, relativamente ao exercício de 2005, no valor de R\$24.998,70, representando-se à repartição fiscal para instaurar novo procedimento em relação ao imposto por responsabilidade solidária do exercício de 2004, no valor de R\$740,19.

Em relação à infração 03, conclui-se pela procedência parcial, no valor total de R\$10.295,56, sendo R\$296,07 referentes ao exercício de 2004, e R\$9.999,48 correspondentes a 2005.

Considerando que na revisão efetuada foram confirmadas as diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei 7.014/96, art. 42, inciso XXII (INFRAÇÃO 01).

Na última manifestação apresentada, foi alegado que em relação à infração 02, o defensor não adquire mercadorias de terceiros, por se tratar de filial, que distribui as mercadorias pertencentes à matriz para distribuidores, por isso, entende que não há que se falar em responsabilidade solidária. Também alegou que na última diligência realizada, todas as entradas de mercadorias estão corretas, de modo que, não há também que se falar em omissão de entrada, consequentemente, deve vingar o demonstrativo apresentado às fls. 1284/1285.

Observo que a exigência do imposto em relação à omissão de entrada é decorrente de presunção legal, estando embasada no § 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido, por isso, foi apresentada a conclusão de que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, sendo devido, também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Em relação aos cálculos acatados neste julgamento, foram utilizados os valores apurados na última diligência realizada, e o defensor afirmou que deve prevalecer o demonstrativo elaborado às fls. 1284/1285, ou seja, o demonstrativo sintético dos valores apurados na diligência realizada por estranho ao feito, da Inspetoria Fazendária.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$35.294,25, conforme demonstrativo constante deste voto, sendo R\$24.998,70 da infração 02 e R\$10.295,55 da infração 03, representando-se à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal no sentido de exigir o imposto do autuado na condição de responsável solidário (exercício de 2004), no valor de R\$740,19, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Em razão da desoneração das infrações 2 e 3 em razão do acatamento da diligência realizada, a 3ª. JF recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537, com efeitos a partir de 20/12/11.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 1547/1554), em grande parte reiterando os termos do Recurso Voluntário anteriormente apresentado (fls. 1467/1473), aduzindo que:

- a) No mérito, retificou os termos da defesa administrativa, assumindo os erros ocorridos nas somas das quantidades de notas fiscais de remessa para vendas com as notas fiscais de venda efetiva, gerando uma duplicidade de saída e levando a apuração de entradas omitidas em valor equivocado. Reconheceu devido os valores de R\$ 100,00 (Infração 1), R\$ 1.769,92 (infração 2) e R\$ 2.810,53 (infração 3).
- b) Rechaça a infração 2, uma vez que não restou configurada a omissão de saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais; ocorreu que o autuante se equivocou ao equiparar as notas fiscais escrituradas. Alega ainda ser indevida a infração 2, pois tratando-se de filial, não há que se falar em responsabilidade solidária, pois o recorrente não adquire mercadorias de

terceiros e sim pertencentes a matriz. Devendo, portanto, prosperar o cálculo apresentado pelo auditor fiscal as fls. 1284/1285, onde foi excluída a cobrança de imposto pela inexistência da infração imposta.

c) Quanto a infração 3, reafirma que o recorrente atua com vendas externas ao seu estabelecimento, e por isso, as notas fiscais somente são emitidas no momento efetivo da venda das mercadorias; para aquelas que não são vendidas, são emitidas notas fiscais de retorno. Tal fato desencadeou uma duplicidade de saídas no momento da autuação. Impugna também os valores aqui apresentados pelo fiscal, por utilizar-se de equivocada base de cálculo.

Em último PARECER, a PGE/PROFIS (fls. 1559/1560) opinou pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário, por considerar insuficientes à caracterização das infrações as provas documentais apresentadas, sendo incapazes de alterar o lançamento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 3ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 13/12/2013 (Acórdão de fls. 1446 a 1452) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/12/2005, com o objetivo de exigir o débito de ICMS no valor histórico de R\$ 178.994,46, em decorrência da constatação de 03(três) infrações, relativas aos exercícios de 2004 e 2005 para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, sendo exigido o imposto por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

Passo à análise do Recurso de Ofício.

A desoneração das Infrações 2 e 3 foram decorrentes da realização de diligência realizada por preposto estranho ao feito, da Inspetoria Fazendária, onde foram elaborados demonstrativos das saídas e devoluções de mercadorias para as vendas em veículos e, após os ajustes realizados e refazimento dos cálculos, o débito originalmente apurado ficou modificado, conforme demonstrativo de débito à fl. 1285.

Na diligência fiscal realizada, foi apurada omissão de entradas no exercício de 2004 (demonstrativos às fls. 1350/1354), bem como em relação ao exercício de 2005 (demonstrativos às fls. 1430/1433 do PAF). Entretanto, no demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 1285, não constou qualquer valor referente à responsabilidade solidária (infração 2), tendo sido indicado débito somente em relação à antecipação tributária, considerando que se trata de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Outrossim, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V (INFRAÇÃO 2), bem como o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98 (INFRAÇÃO 3).

Desta forma, em que pese o erro formal cometido pela diligente ao deixar de informar no quadro sintético o valor devido pela Infração 2, com base nos levantamentos feitos por ela, o julgador de piso refez o levantamento, concluindo pela sua subsistência parcial, sendo devido o imposto, apurado após a revisão efetuada, relativamente ao exercício de 2005, no valor de R\$24.998,70.

Assim, não vejo reparos a serem feitos na Decisão de piso que reconheceu a subsistência parcial das Infrações 2 e 3, que foram apuradas de forma exaustiva e após a realização de 04 diligências.

Ressalte-se ainda que o julgador de piso teve o cuidado de apurar o imposto devido na Infração 02, conforme tabela abaixo, e com base na revisão fiscal promovida pela INFRAZ de Origem (fls.

1284 a 1438):

ANO	OMISSÃO DE ENTRADAS (R\$) (A)	ALIQ (B)	RESP. SOLIDÁRIA (ICMS NORMAL) (C = A X B)	ANTECIPAÇÃO	BASE CALCULO C/ MVA (E = A X 1,40)	ANTEC TRIB (E X B - C)
				TRIBUTÁRIA MVA (D)		
2004	4.354,04	17%	740,19	40%	6.095,66	296,07
2005	147.051,20	17%	24.998,70	40%	205.871,68	9.999,48
T O T A L			25.738,89	-	-	10.295,55

Assim, diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Antes de adentrar ao mérito do Recurso Voluntário, cumpre asseverar que, analisando as peças processuais, constato que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigo 39, 41 e 42, do RPAF/99, sendo as infrações descritas de forma clara, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que as embasam, estando elas determinadas, com segurança, bem como identificado o infrator. Não vislumbro nos autos qualquer vício que inquine o lançamento de nulidade e a lide tem transcorrido no âmbito do devido processo legal.

De fato, a agente autuante apresentou informação fiscal (fls. 776/777) acatando os argumentos de defesa do Recorrente e, posteriormente (fl. 1524) apresentou manifestação à Diligência da INFAZ de origem acatando o Parecer às fls. 1284/1285.

Além disso, diversas diligências foram realizadas, uma nulidade foi verificada em julgamento feito pela 1ª. CJF, o que gerou o retorno dos autos para novo julgamento.

Entretanto, após todas essas ocorrências, entendo que o Recorrente teve oportunidades suficientes para exercer o seu direito de defesa e o contraditório, tendo apresentado os documentos e provas que teve interesse, os quais foram considerados na revisão fiscal e acarretou em redução do valor original lançado nas Infrações 2 e 3. O valor remanescente decorre da falta de provas que deixaram de serem apresentadas pelo Recorrente.

No mérito, quanto à Infração 2, o Recorrente limita-se a defender que a Diligência da Infaz de origem (fls. 1284/1285) informou a inexistência de tributo à pagar, bem como de que se trata de filial atacadista que recebe seus produtos da matriz, não de terceiros, não havendo o que se falar de responsabilidade por solidariedade.

Quanto ao primeiro argumento, resta claro nos autos, e foi demonstrado pelo julgador de piso, que a diligente cometeu erro material ao transportar as informações do seu demonstrativo analítico (que efetivamente apurou omissão de entradas) para o demonstrativo sintético. Entretanto, facilmente o julgador de piso, com base nas informações constantes na própria revisão fiscal, conseguiu chegar ao valor remanescente devido da Infração 2.

Não pode desta forma, o Recorrente querer concordar apenas com o demonstrativo sintético e discordar do demonstrativo analítico que lhe deu embasamento.

Outrossim, como bem asseverou o julgador de piso, ao revisar o valor da Infração 2:

Saliento que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V (INFRAÇÃO 02). É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98 (INFRAÇÃO 03).

Em relação ao argumento de que o recorrente não adquire mercadorias de terceiros, não logrou êxito, em que pese tenha tido oportunidade, em comprovar que as entradas remanescentes foram oriundas de transferência entre matriz e filial atacadista. Ademais, em se tratando de omissão de entradas, e de produto sujeito à Substituição Tributária, mesmo que a saída subsequente fosse amparada por nota fiscal, a falta de tributação na saída acarreta, claramente, a falta de recolhimento do imposto estadual na entrada.

Em razão disso, como também muito bem descrito pelo julgador de piso:

a exigência do imposto em relação à omissão de entrada é decorrente de presunção legal, estando embasada no

§ 4º, do art. 4º da Lei 7.014/96, abaixo reproduzido, por isso, foi apresentada a conclusão de que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, sendo devido, também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada.

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Diante disso, entendo restar parcialmente subsistente a Infração 2, devendo ser mantida a Decisão Recorrida.

No tocante à Infração 3, reafirma que *atua com vendas externas ao seu estabelecimento, e por isso, as notas fiscais somente são emitidas no momento efetivo da venda das mercadorias; para aquelas que não são vendidas, são emitidas notas fiscais de retorno. Tal fato desencadeou uma duplicidade de saídas no momento da autuação. Impugna também os valores aqui apresentados pelo fiscal, por utilizar-se de equivocada base de cálculo.*

Entendo que não merece prosperar as razões de defesa, uma vez que todas as razões já foram devidamente analisadas, os equívocos verificados na apuração foram sanados e, neste momento processual, o Recorrente não traz nenhum elemento novo concreto relativo às supostas duplicidades que eventualmente restariam mantidas.

Em razão destes fatos, entendo que deve ser mantida a Decisão recorrida.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 206882.0325/05-8, lavrado contra **ELSON'S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$35.294,25** acrescido das multas de 60% sobre R\$10.295,55 e 70% sobre R\$24.998,70, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da mesma Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA- PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS