

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0006/13-2
RECORRENTE - EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A - EBAL
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JF nº 0047-06/14
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09.10.2014

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0300-12/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** DIFERENÇAS TANTO DE ENTRADAS QUANTO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS. IMPOSTO LANÇADO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE RECEITAS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo de estoque, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com Recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos. **b)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DEVIDO POR RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA E POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. **c)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Os argumentos trazidos na defesa não se mostram capazes de elidir as infrações. Incidência do disposto nos artigos 140 a 143 do RPAF-BA/99. 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 o Auto de Infração, para exigir do recorrente imposto no valor de R\$149.375,93, acrescido das multas de 60% e 70%, e dos acréscimos legais.

O Auto lavrado em 09/12/2013 decorre de 04 infrações, todas objeto do Recurso Voluntário que se apreciará, como segue:

Infração 1 - 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 entradas - 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, no mesmo exercício fechado de 2008. ICMS: R\$35.615,06. Multa: 70%.

Infração 2 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros 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 estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2008 e 2009. ICMS: R\$51.925,22. Multa: 70%.

Infração 3 - Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado e deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2008 e 2009. ICMS: R\$19.955,65. Multa: 60%.

Infração 4 - Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2009, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. ICMS: R\$41.880,00. Multa: 70%.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 6ª JfF decidiu, por unanimidade e com base no voto do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, que é Procedente o Auto de Infração, *in verbis*:

VOTO

(...)

Adentrando no mérito, observo que o autuado em sua defesa apenas reproduz as acusações que lhe foram imputadas e, em seguida, passa a abordar cada uma das infrações negando as irregularidades que lhe foram imputadas. Não trouxe o autuado em sua defesa qualquer argumento ou prova capaz de elidir as infrações, conforme passo a me pronunciar.

Quanto à infração 1, o autuado se limita a afirmar que a presunção utilizada pelos autuantes é incompatível com o seu sistema operacional e que é impossível o recebimento de mercadorias sem a escrituração e contabilização da nota fiscal.

Esse argumento defensivo, baseado em simples negativa do cometimento da infração, não se mostra capaz de elidir a irregularidade apurada. Ademais, ressalto que a presunção que embasa a exigência fiscal referente a esse item do lançamento tem respaldo no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, e sendo uma presunção relativa, cabe ao autuado o ônus de comprovar a sua improcedência, o que não foi feito.

Dessa forma, considerando que o levantamento quantitativo de estoque apurou a ocorrência de omissões de operações de entradas e de saídas de mercadorias, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o ICMS tomando-se por referência o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com Recursos decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada.

Quanto às infrações 2 e 3, tratam de levantamento quantitativo de estoques de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O levantamento quantitativo de estoque realizado pelos autuantes comprova a ocorrência das omissões de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Nessa situação, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (infração 2), bem como do imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo (infração 3).

Em sua defesa, o autuado nega o cometimento das infrações, sem, no entanto, apresentar qualquer elemento capaz de elidir as omissões apuradas no levantamento quantitativo de estoque realizado pelos autuantes. Dessa

forma, as infrações 2 e 3 subsistem em sua totalidade.

Cuida a infração 4 da falta de recolhimento de ICMS decorrente de omissão de operações de saídas de mercadorias, apurada por meio de levantamento quantitativo de estoque.

A constatação da ocorrência de omissões de operações de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações de saídas sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Em sua defesa, o autuado se limita a negar o cometimento da infração, sob o argumento de que é impossível a saída de mercadoria sem a emissão do correspondente documento fiscal.

Mais uma vez a alegação defensiva não se mostra capaz de elidir a infração apurada, por falta de prova e de argumento suficientemente robusto. Dessa forma, a infração 4 também subsiste em sua totalidade.

Em suma, em relação às quatro infrações que compõem o lançamento de ofício, as alegações defensivas giram em torno da simples negativa do cometimento das irregularidades, sem trazer aos autos nenhum elemento de prova, demonstrativo ou argumento capaz de elidir total ou parcialmente as acusações imputadas ao sujeito passivo. Assim, deve ser aplicado ao caso em apreço à incidência das disposições previstas nos artigos 140, 141, 142 e 143, do RPAF, que aqui reproduzo.

Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Em face ao acima exposto, as infrações imputadas ao autuado subsistem em sua totalidade.

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Devidamente intimado, o autuado interpõe Recurso Voluntário, tempestivo, colacionadas às fls. 252/253.

Após breve relato dos fatos e irressignado com o julgamento de primeiro grau o recorrente vem aos autos e dizendo do direito, afirma que:

Infração 01 – *O autuado insiste em afirmar que não deixou de registrar Notas Fiscais de Entrada, o que pode ser confirmando analisando-se os registros contábeis, o que demonstrará que todo pagamento de mercadorias corresponde a uma Nota Fiscal escriturada. Caso isso não ocorra, não existe outra forma de efetuar o pagamento destas mercadorias;*

Infração 02 e 03 – *Pelas mesmas razões alegadas na Infração 01, o autuado não deve imposto na condição de responsável solidário, porque não deixou de contabilizar as entradas de mercadorias;*

Infração 04 – *O autuado confirma que não é possível a saída de mercadoria sem a emissão do documento fiscal cabível, da mesma forma que não existe entrada sem contabilização. Tanto a afirmação é verdadeira que o fiscal só chegou a essa conclusão analisando os Livros Fiscais corretamente escriturados e o arquivo Sintegra.*

Ao cabo do seu arrazoado, pugna pela improcedência da autuação.

Em que pese não haver nos autos manifestação da PGE/PROFIS, em mesa, na assentada de julgamentos do dia 29/09/2014, a nobre Procuradora, Dra. Aline Solano Souza Casali Bahia manifestou-se opinando no sentido de que seja Negado Provimento ao Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 6ª Junta de Julgamento Fiscal deste CONSEF, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração.

Cinge-se o presente Recurso à apreciação das infrações constantes do Auto de Infração, e que

acusam o Sujeito Passivo da 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 entradas - presunção de que houve pagamentos das entradas com Recursos provenientes de operações anteriores de saídas não contabilizadas; Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal; Falta de recolhimento do imposto, devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido de acordo com percentuais de margem de valor adicionado e deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal; e Falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

De plano, vejo que a matéria tratada nos autos foi devidamente apreciada pelos julgadores de piso, e que a insurgência do recorrente apenas nega o cometimento dos ilícitos fiscais apontados no Auto de Infração.

Vê-se da peça recursal que não é trazido qualquer elemento que possa desconstituir as acusações fiscais, pois, não se suscita qualquer questão alusiva a matérias preliminares ou mesmo de mérito.

Nesses termos, considerando que a matéria discutida nos autos foi devidamente apreciada, também considerando que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme preceitua o Art. 143, do RPAF/Ba, outra não pode ser a Decisão senão a de manter o acórdão recorrido tal como prolatado, sobretudo porque a desconstituição das acusações fiscais acima descritas, impõe a apresentação de provas que contrariem o lançamento, ou seja, às teses defensiva e recursal haveria que ser jungidos elementos probantes, o que não foi feito.

Voto, portanto, no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

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** o Auto de Infração nº **299430.0006/13-2**, lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE ALIMENTOS S/A - EBAL**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$149.375,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$19.955,65 e 70% sobre R\$129.420,28, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2014.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

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