

**A. I. Nº** - 206845.0007/13-8  
**AUTUADO** - VIENA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - TEREZA CRISTINA MARQUES DE MELLO  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 20.05.2014

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACORDÃO JJF Nº 0079-02/14**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) DIFERENÇA DE ENTRADA MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA QUE AS SAÍDAS. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. c) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO.** Defesa apresentou documentos fiscais comprovando que as imputações são improcedentes, fato acolhido pelo autuante, quando da informação fiscal. **Infrações não caracterizadas. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Infração reconhecida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração reconhecida. 4. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 19/12/2013, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$12.798,59, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 04.05.05 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Valor histórico R\$4.906,37.

INFRAÇÃO 02 – 04.05.09 – 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 desacompanhada de documentos fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. Valor histórico R\$942,60.

INFRAÇÃO 03 – 04.05.08 – 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 estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor histórico R\$744,83.

INFRAÇÃO 04 – 01.05.03 – 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 a parte proporcional de redução. Valor histórico R\$2.396,85.

INFRAÇÃO 05 – 07.04.03 – Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valor histórico R\$133,08.

INFRAÇÃO 06 – 03.02.06 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Valor histórico R\$3.674,86.

O autuado impugnou parcialmente o lançamento tributário, em relação às infrações 01, 02 e 03, folhas 226 a 239, inicialmente, apresenta as infrações constantes no auto de infração. Em seguida, expõe sua defesa, evocando os princípios da verdade material e da inquisitorialidade.

Alega preliminar de nulidade dada à existência de diversos vícios insanáveis no processo que acarretam na nulidade das infrações 01, 02 e 03 nos termos do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Em relação a infração 01, alega falta de descrição clara do fato gerador, transcrevendo o artigo 39, III, do RPAF/99. Sustenta que não é possível se saber exatamente o teor da acusação, dada a redação posta no Auto de Infração. Acredita ser uma redação truncada, nada clara e que ora se refere a suposta omissão de entradas, ora diz que tem a ver com suposta omissão de saídas, ora diz que se relaciona a *'falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas'*....,ou seja, nada se aproxima de uma descrição clara, precisa e sucinta dos fatos, o que vem contrariar, frontalmente, o disposto transcrito.

Apresentando doutrina que trata sobre questão, no caso de fato gerador descrito de forma equivocada, obscura ou incompreensível.

Transcreve parte do art. 18 do RPAF/99 que trata sobre falta de elementos suficientes para se determinar com segurança e clareza o fato gerador. Conclui que há razão suficiente para se decretar a nulidade do Auto de Infração, no tocante à infração 01, citando decisão do CONSEF.

Quanto as infrações 01, 02 e 03, traz argumentos sobre cerceamento do direito de defesa, pelo fato não ter sido entregue ao sujeito passivo, pela autuante, documentos fundamentais para a tentativa de comprovação dos fatos arguidos na autuação.

Alude que, pela redação exposta no Auto de Infração, a autuante disse, ao final da descrição em cada infração, que os fatos por ela arguido para comprovar a acusação estariam “conforme demonstrativo em anexo”.

Frisa que a autuante precisaria ter atendido, na íntegra, o disposto no artigo 46 do RPAF/99, especialmente, no que se refere a demonstrativos e notas fiscais, porém não o fez. Cita algumas decisões do TIT (Tribunal de Imposto e taxas) do Estado de São Paulo acerca do assunto.

Sustenta que, por conta deste fato, o contribuinte deixou de ter as condições ideais e necessárias para exercer seu direito constitucional à ampla defesa, sustentado que caracteriza hipótese de nulidade do lançamento do crédito tributário, relativamente às infrações 01, 02 e 03, nos termos do art. 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

Quanto ao mérito, destaca que as infrações 02 e 03 são originadas pela infração 01, uma vez que se reconheça o equívoco da infração 01, deixará de existir as infrações 02 e 03.

Assevera que o fisco se equivocou ao exigir o imposto apontado no Auto de Infração, no tocante às infrações 01, 02 e 03. Entretanto, antes de adentrar especificamente deste objeto, ressalta que o ajuste SINIEF 07/01 prevê especificamente ao mesmo CFOP para bonificação e brindes, sobretudo, há de considerar separadamente.

Conclui que a contagem física de exercício fechado pelo fisco deve considerar nas quantidades adquiridas tanto as aquisições por compra quanto as aquisições por bonificação, o que, assevera, não aconteceu pelo agente fiscalizador da SEFAZ-BA, causando, por consequência, omissões de entradas para a autuada sem qualquer fundamento.

Aponta que a autuada opera no ramo atacadista de gêneros alimentícios e é comum ao adquirir mercadorias para revenda em estabelecimentos industriais.

Frisa que a não inclusão no levantamento quantitativo de estoques para os exercícios 2008 e 2009 (anexo-03), dos códigos 1910, 2910 e 5910, gerarão as omissões de entradas de mercadorias, apresentando exemplos e informando que anexou algumas notas fiscais que comprovam a não inclusão, (anexo-07).

Informa que a empresa já providenciou o devido pagamento das infrações 04, 05 e 06.

Ao final, pede a nulidade ou improcedência das infrações defendidas, requerendo diligências/perícias fiscais.

A autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 294 a 296, aduz que o autuado apresentou defesa em relação as infrações 01, 02 e 03.

Quanto a arguição de nulidade por falta de descrição clara, discorda da defesa, pois, conforme descrição no próprio Auto de Infração, constatar-se de forma inequívoca ali definido o fato gerador, bem como a base de cálculo e o valor do imposto devido, elementos esses constantes do Demonstrativo do Auto, fls. 04/06, parte integrante do referido Auto.

Acrescenta que o autuado, em seguida, apela, de forma totalmente descabida, para o “cerceamento de defesa” na descrição das citadas infrações quando estas infrações em seu corpo descritivo, remete para o Demonstrativo do Débito do imposto, parte integrante do próprio Auto de Infração, cujo recibo consta assinado pelo autuado, fls. 01 a 06.

No tocante ao argumento de falta de entrega de documentos e/ou demonstrativos, assegura que não corresponde aos fatos uma vez que, fl. 20 dos autos, consta o Recibo de Arquivos Eletrônicos sobre a entrega, no ato da assinatura do Auto, de todos os relatórios relativos à presente fiscalização, gravados em meio magnético (CD), aberto e explicado em seu conteúdo, relatório a relatório, ao autuado que, dessa forma, o assinou como conhecido e recebido.

Em relação ao argumento defensivo de que não foram considerados os CFOP 1910, 2910 e 5910 que diz respeito às entradas/remessas de brindes, doações e bonificações e que, ao receber tais produtos a título de bonificação o fez, não utilizando o CFOP referente à comercialização, conforme previsto no RICMS/96, visto que tais bonificações são de produtos objeto de seu comércio e sim, com o CFOP destinado a brindes, destaca que tal fato induziu a fiscalização a um resultado equivocado, apurado mediante Levantamento Quantitativo de Estoque.

Após analisar os documentos fiscais, cujas cópias estão anexados, fls. 277 a 290, o autuante constatou que restaram comprovadas as alegações da defesa, no que se refere ao mérito relativo às infrações 01, 02 e 03, que decorreram de utilização equivocada do CFOP correspondente à entrada/remessa de bonificações de produtos objetos de seu comércio, concluindo, dessa forma, pela improcedência das referidas infrações.

Ao final, opina pela manutenção em parte da autuação.

Às folhas 300 e 302, foi acostado pela Coordenação Administrativa do CONSEF relatório do SIGAT- Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária – Detalhamento do Parcelamento, constando o pagamento no valor de R\$6.204,79, correspondente aos itens 04, 05 e 06.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 06 infrações.

Em sua defesa, o sujeito passivo reconhece a procedência das infrações 04, 05 e 06, tendo efetuado o pagamento. Portanto, não existindo lide, entendo que as mesmas restaram caracterizadas. Assim, no caso em tela a lide persiste em relação às infrações 01, 02 e 03, todas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, as quais passo a analisar.

Na infração 01 é imputado ao autuado falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Por sua vez, na infração 02 é imputado ao autuado 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 desacompanhada de documentos fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

Por fim, na infração 03 é imputado ao autuado 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.

Não acolho as preliminares de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Cabe registrar que o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema informatizado da SEFAZ, a qual define, previamente, a descrição da infração, não havendo ingerência do preposto fiscal sobre o texto da imputação.

No tocante ao argumento de falta de entrega de documentos e/ou demonstrativos, igualmente não pode ser acolhido, por que não corresponde com a verdade dos autos, uma vez que à folha 20 do PAF consta o Recibo de Arquivos Eletrônicos, contendo todos os relatórios relativos fiscalização, gravados em meio magnético (CD), o qual foi aberto pelo autuado e devidamente assinado como conhecido e recebido.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide. Observo que o autuante revisou os demonstrativos, acolhendo todos os argumentos defensivos.

Quanto ao pedido de perícia, formulado pelo autuado, indefiro, haja vista que os elementos de prova constantes nos autos são suficientes para a formação da minha convicção, e a prova do fato não depende de conhecimento especial de técnicos, conforme previsto no art. 147, inciso II, “a” e “b”, do RPAF/99.

No mérito propriamente dito, o sujeito passivo alegou que o levantamento fiscal não considerou os CFOP 1910, 2910 e 5910, relativos às entradas/remessas de brindes, doações e bonificações e que, ao receber tais produtos a título de bonificação o fez, não utilizando o CFOP referente à comercialização, conforme previsto no RICMS/96, visto que tais bonificações são de produtos objeto de seu comércio e sim, com o CFOP destinado a brindes.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, uma vez que a autuante analisou os documentos fiscais, cujas cópias estão anexados, fls. 277 a 290, tendo constatado que restaram comprovadas as alegações da defesa, no que se refere ao mérito relativo às infrações 01, 02 e 03, que decorreram de utilização equivocada do CFOP correspondente à entrada/remessa de bonificações de produtos objetos de seu comércio, concluindo, pela improcedência das referidas infrações.

Logo, as infrações 01, 02 e 03 restaram improcedentes.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$6.204,79.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206845.0007/13-8**, lavrado contra **VIENA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.204,79**, crescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, alínea “a” e “e”, e VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR