

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0013/13-4
RECORRENTE - ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 6º JF nº 0077-06/14
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 16/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0033-11/15

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO PELA PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS ANTERIORMENTE EFETUADAS SEM A EMISSÃO DE DOCUMENTO FISCAL, EM RAZÃO DA FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. Levantamento quantitativo de estoque apresentou uma quantidade negativa, o que implica em entrada de mercadoria sem nota fiscal. Alegação de *bis in idem* afastada, não há relação com a infração 04, que exige ICMS por antecipação tributária em razão do ajuste de estoque de produto que passou a ser incluído no regime de substituição tributária. Questão da alteração dos códigos do sistema de controle do contribuinte verificada em sede de informação fiscal e sanados os erros dos demonstrativos. Infração procedente em parte. **2.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELACIONADAS NOS ANEXOS 88 E 89. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Consta que o contribuinte adquiriu mercadorias sujeitas a antecipação tributária, não lançou as notas fiscais no livro Registro de Entrada. Provado que foi dado acesso ao defendente de todas as informações necessárias para rebater a acusação. Infração subsistente. **3.** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA RELACIONADAS NOS ANEXOS 88 E 89. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Consta que o contribuinte adquiriu mercadorias sujeitas a antecipação tributária, não lançou as notas fiscais no livro Registro de Entrada. Provado que foi dado acesso ao defendente de todas as informações necessárias para rebater a acusação. Infração subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração que exige o crédito tributário no valor total de R\$70.351,51, mediante 8 infrações, sendo objeto do Recurso, as seguintes infrações:

05. Falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. Lançado ICMS no valor de R\$8.206,40,

mais 100% de multa.

Consta que o levantamento quantitativo de estoque apresentou em 31/05/2010 uma quantidade negativa, o que implica em entrada de mercadoria sem nota fiscal.

Tudo conforme os ANEXOS 10, 11, 12, 13, 14, 15 e 16 (fls. 43/66)

08. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente as aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. Lançado ICMS no valor de R\$3.072,67, mais 60% de multa.

Consta que o contribuinte adquiriu mercadorias sujeita a antecipação tributaria, não lançou a nota fiscal no Livro de Registro de Entrada e não recolheu o ICMS antecipado.

Tudo conforme o DEMONSTRATIVO DE ANTECIPACAO - ANEXO 19 (fls. 69/70)

Ao analisar a Impugnação apresentada pelo contribuinte, a 6ª JJF concluiu pela Procedência Parcial da infração 5 em razão do seguinte:

Em relação a quinta infração que diz respeito a falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saída de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, que tem uma interlocução com a quarta infração, da mesma forma que o apresentado acima, em sua informação fiscal à fl. 973, a Fiscal Autuante diz ter retificado o levantamento, onde a infração passou de uma reclamação de débito no valor de R\$8.206,40 para o valor de R\$4.765,29, conforme os novos demonstrativos acostados – ANEXOS 27 e 28 – às fls. 996/998 dos autos. Instado a manifestar, o sujeito passivo, da mesma forma que o apresentado nas considerações da quarta infração acima, em nenhum momento contesta os novos valores levantados, apenas alega que o prazo de concessão de 10 dias foi pouco e que a concessão foi dada por autoridade não autorizada para tal ato, agora com o adendo de caracterização do “bis in idem” pelo relacionamento entre a quarta e quinta infrações objeto de contestação.

Sobre o “bis in idem”, argüido pelo sujeito passivo, como assertivamente destaca a autuante em sua informação fiscal a fl. 974, não ocorreu, pois a quarta infração trata das mercadorias que existiam em estoque e passaram para o regime de Substituição Tributária, enquanto a quinta infração trata de omissão de saída de mercadoria por presunção, por conta falta de registro de entrada – macarrão instantâneo – em período não sujeito a Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em aberto. Infração caracterizada no novo valor de R\$4765,29 apontado pela Fiscal Autuante. Infração procedente em parte.

Os Ilustres Julgadores da 6ª JJF julgaram Procedente a infração 8 em razão do seguinte:

Quanto a oitava infração, que diz respeito a ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outra unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 e 89, não lançadas no Livro Registro de Entrada, em que a impugnante alega que não houve acesso as notas fiscais que deram margem a cobrança, não resta razão, dado que a alegação não procede, pois, como bem afirma a Fiscal Autuante, a fl. 974 dos autos, foi entregue, à luz do Termo de Entrega acostado a fl. 118, devidamente assinado por representante legal, cópia do DEMONSTRATIVO DE ANTECIPAÇÃO – ANEXO 19 (fl. 69), em que constam número da nota fiscal, descrição do produto, CNPJ do fornecedor e data de emissão, entre outras informações, dados estes de todas as notas fiscais constantes do demonstrativo suficientes para rebater a infração imputada. Infração subsistente.

Irresignado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Concorda com a Decisão da primeira instância quanto à infração 04, que foi objeto de impugnação e restou parcialmente elidida.

Quanto à infração 5, entende que as mesmas circunstâncias, acatadas pela Autuante, geraram falsas "omissões de entradas", em levantamento quantitativo realizado tendo como base a data de 31/05/2010, afetando justamente os mesmo produtos, sujeitos que ficaram à substituição tributária.

Assevera que a infração 5, ao contrário do que entendeu a JJF, caracteriza o "bis in idem", argumentando que tal infração decorre da mesma falta de observância da alteração do sistema de controle, que provocou modificações nos códigos dos produtos, duplicando, a partir da inserção do peso, várias espécies iguais. Aduz que os demonstrativos apresentados com a defesa demonstraram tais divergências, sendo suficientes para ensejar a ineficácia do pedido específico. E continua argumentando que as quantidades ditas como "omitidas", no item 5, constam como "estoques negativos", no item 4, não sendo atendidos todos os reclames da empresa, no que concerne às alterações de códigos, gerando divergências de contagens.

A título de exemplo, aduz que o produto código 5894, que teve estoque final de 10.000 unidades, mesma quantidade considerada como "omissão de entradas", foi originário de dois outros códigos: 58940 (Macarrão Inst Maggi Lamen Galinha Normal) e 58947 (Macarrão Inst Maggi Galinha 85GR), mas somente as entradas do "Macarrão Inst Maggi Lamen Galinha Normal" (duas NFs), foram computadas para este código. Erros iguais aconteceram em relação a outros produtos (outro exemplo cód. 99915, oriundo dos códigos 999151 e 999156). Somente nestes dois produtos, a manutenção do item 05 significaria dizer que o autuado adquiriu, DO FABRICANTE, 20.006 unidades sem nota fiscal (o que é impossível). A equivocada contagem e alinhamento dos códigos, inclusive, implicou na "inexistência" de estoque iniciais, registrados, de quase todos os produtos (menos 2), o que é mais um forte indício da impropriedade da apuração.

Entende que a infração 05 deve ser revista integralmente, com base em todas as informações prestadas pelo autuado no demonstrativo de alteração dos códigos, por fiscal estranho ao feito, para que seja reconhecida a sua nulidade, por insegurança na determinação da infração e apuração das quantidades e valores.

Com referência à infração 08, rebate o fundamento da Decisão que diz que o autuado recebeu "*cópia do DEMONSTRATIVO DE ANTECIPAÇÃO - ANEXO 19 (fl. 69), em que constam número da nota fiscal, descrição do produto...*". Argumenta que o advogado não teve acesso às notas fiscais que deram margem à cobrança. Além disso, aduz que, se existentes no PAF, em vias regulares e que comprovem a efetividade das operações, a JJF não atendeu ao pleito de que tais notas fossem avaliadas, objetivando saber se efetivamente se reportam a produtos sujeitos ao regime de substituição, se as operações foram interestaduais, se houve falta de antecipação e se possuem as operações alguma relação com as infrações 04 e 05. Requer que esta CJF determine o exame de tal pedido, em conjunto com a revisão requerida para infração 05.

A PGE/PROFIS, em Parecer de fls. 1060/1062, por intermédio da Procuradora Maria Helena de Mendonça Cruz, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

Observa que o recorrente repete os mesmos argumentos que foram analisados criteriosamente pela Decisão de Primeira Instância e corretamente afastados. Entende que o contribuinte não traz nenhuma prova capaz de elidir as imputações.

Salienta que apesar de as infrações 4 e 5 tenham sido apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, tratam-se de infrações distintas e que não se confundem, a saber, a infração 04 se refere a mercadorias que existiam em estoque e passaram para o regime de substituição tributária e a infração 05 concerne a omissão de saída de mercadoria por presunção em período não sujeito à substituição tributária.

Em relação à infração 8, entende que a alegação de que não recebeu as notas fiscais objeto da exação fiscal não procede, como se comprova da entrega das mesmas mediante o termo de entrega acostado à fl. 118.

VOTO

Quanto à infração 05, observo que não há que se falar em *bis idem*, haja vista que as infrações 04 e 05 não exigem ICMS sobre o mesmo fato gerador. Frise-se que a infração 04 exige ICMS por antecipação tributária em razão do ajuste de estoque de produtos que passaram a ser incluídos no regime de Substituição Tributária, enquanto que a infração 05 exige ICMS por presunção legal de omissão de saídas anteriormente efetuadas sem emissão de nota fiscal, decorrente da constatação em levantamento quantitativo de estoques, de omissões de entradas de mercadorias. Tratam-se de fato geradores completamente distintos e, portanto, é totalmente descabida a alegação recursal de *bis in idem*.

A questão da alteração do sistema de controle do contribuinte, que provocou modificações nos códigos dos produtos, influi certamente na apuração das infrações 4 e 5, todavia, tal fato não se confunde de forma alguma com *bis in idem*.

Saliente-se que a essa questão já foi suscitada pelo contribuinte em sede de primeira instância, o que motivou a revisão das infrações 4 e 5, conforme informação fiscal de fls. 969-975, a qual restou acompanhada dos demonstrativos às fls. 976-998.

Em sede recursal, o contribuinte acata a redução procedida na infração 04 e continua insistindo na anulação da infração 5, sob o argumento do pretenso *bis in idem* ou da insegurança para determinação da infração. Todavia, não lhe assiste razão.

A redução realizada na infração 5 quando da informação fiscal, que reduziu o valor exigido de R\$ 8.206,40 para o valor de R\$ 4.765,29, já observou a questão da alteração do sistema de controle do contribuinte, uma vez que os demonstrativos foram refeitos com agrupamento dos códigos.

O exemplo suscitado nas argumentações recursais, referente aos códigos 5894, 58940, 58947, também foi objeto de tal agrupamento, conforme se verifica dos demonstrativos apresentados, mais especificamente das fls. 976, 978, 982, 990 e 997, onde constam a referência a tais códigos já ajustados.

Destarte, entendo que o Recorrente não traz aos autos qualquer prova capaz de elidir o valor subsistente da infração 5, nem mesmo qualquer argumento que justifique a conversão do feito em diligência fiscal, conforme requerido no Recurso Voluntário.

Quanto à infração 8, há de se observar que o documento de fl. 118 comprova o recebimento, pelo contribuinte, das cópias das notas fiscais referentes aos anexos 17, 18 e 19 da autuação fiscal, sendo que o anexo 19 é o demonstrativo da infração 08. Deste modo, caberia ao contribuinte analisar tais documentos e arguir em sua defesa o que entendesse pertinente. Não há que se falar, portanto, em cerceamento do direito de defesa, ou em necessidade de conversão do feito em diligência.

Face a todo o exposto, indefiro o pedido de diligência fiscal e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 274068.0013/13-4, lavrado contra **ATAKAREJO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS E BEBIDAS EIRELI**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.412,49**, acrescido das multas de 100% sobre R\$4.765,29 e 60% sobre R\$44.647,20, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d”, “e” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$10.533,84** e multa pecuniária no valor de **R\$1.580,07**, previstas nos incisos II, “d”, IX e XI, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/0, devendo ser homologando os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. PGE/PROFIS