

PROCESSO - A. I. Nº 222468.0001/15-9
RECORRENTE - A V M LESSA DE ITABUNA (PRISMA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0001-02/17
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/08/2017

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0283-12/17

EMENTA: ICMS. 1. FALTA DE RECOLHIMENTO. a) IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. **b)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDAS. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. a)** FALTA DE PAGAMENTO. **b)** PAGAMENTO A MENOS. Foi aplicado ao Auto de Infração e ao *decisum* de primo grau a legislação vigente, não havendo qualquer falha como sugere o Sujeito Passivo. Não vislumbrado a possibilidade da aplicação de qualquer das hipóteses do art. 18, do RPAF/BA. A peça recursal não traz qualquer elemento novo que possa suscitar a análise das razões expostas na peça defensiva, sendo certo que os elementos colacionados aos fólios do presente processo, consoante se verifica no voto condutor da Decisão de piso, foram todos analisados, tanto assim que o processo foi convertido em diligência que findou por reduzir o valor da exigência inicialmente lançada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo contra a Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 26/03/2015, para exigir o recolhimento de ICMS no montante de R\$62.801,87, sendo lançadas oito imputações e, objeto recursal as seguintes acusações:

INFRAÇÃO 1 - 02.01.01: Deixou de recolher o ICMS no (s) prazo(s) regulamentar (s) referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Lançado ICMS no valor de R\$14.021,36, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 - 03.01.01: Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto. Lançado ICMS no valor de R\$471,63, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 - 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Lançado ICMS no valor de R\$1.572,05, mais multa de 100%.

INFRAÇÃO 4 - 07.01.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior. Lançado ICMS no valor de R\$34.914,92, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 - 07.15.01: Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Lançado ICMS no valor de R\$9.778,12, mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 - 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização nos anos de 2010 e 2012. Lançado ICMS no valor de R\$1.868,67.

A Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com a seguinte fundamentação, “*in verbis*”:

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais parte foi acolhida pelo autuante, quando da sua informação fiscal. Em sendo assim, afasto as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$ 62.801,87, relativo às infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, todas impugnadas pelo defendente, exceto à infração 8, que se manteve silente, sendo considerada procedente por considerar aceito o crédito reclamado.

Em relação à infração 01, que diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo às fls. 29, 44 e 71; o sujeito passivo, na defesa, observa que, não podem prosperar as exigências contidas no Auto de Infração, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo d. agente Fiscal, não foram computados valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, nem créditos relativos a antecipação parcial de descredenciados e, também, valores relativos ao Processo nº 8500001939136º, de Denúncia Espontânea (fls. 310/311), inclusive apensando às fls. 299, demonstrativo de débito, que diz remanescer para a infração imputada, reduzindo a infração de R\$9.755,00 para o valor de R\$1.332,98.

Sobre as razões de mérito, em relação à infração 1, após destacar os argumento da defesa, diz d. Fiscal Autuante que, em parte, assiste razão à autuada e em seguida apresenta considerações quanto a ter acatado ou não os argumento da defesa, para depois apresentar novo demonstrativo de débito para a infração 1, que faz parte integrante do corpo da defesa à fl. 451, reduzindo a infração do valor de R\$9.755,00 para o valor de R\$4.266,36.

Na sessão de julgamento da 1ª JF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência, para dar ciência ao autuado do novo demonstrativo de débito da infração 1 acostado às fls. 451 dos autos. Cumprida a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente.

Em sendo assim, não observando qualquer elemento que possa desabonar tal alteração, manifesto pela procedência parcial da infração, reduzindo a infração 1 do valor de R\$9.755,00 para o valor de R\$4.266,36 na forma do demonstrativo de débito à fl. 451 dos autos. Infração 1 subsistente em parte.

Quanto a infração 02, que se relaciona a recolhimento a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado na apuração do imposto, com ICMS lançado no valor de R\$471,63, o defendente diz que a suposta infração, não foi devidamente comprovada, por quantum, dentre outras considerações, os demonstrativos elaborados pelo autuante, não foram computados valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, nem créditos relativos à antecipação parcial de descredenciados, que demonstra em planilha à fl. 300 dos autos.

Ao manifestar sobre os termos da defesa, em relação à infração 2, destaca que o defendente tem razão, concordando com saldo remanescente reconhecido, com isso apresenta novo demonstrativo de débito à fl. 453 da informação fiscal, o qual concordo com o entendimento do d. Fiscal Autuante, onde o lançamento do débito deve ser alterado para o valor de R\$273,40 na forma a seguir:

Dt. Ocorr.	Dt. Venc.	Valor Histórico
30/04/2012	09/05/2012	273,40

Sobre a infração 3, que diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com lançamento de ICMS no valor de R\$1.572,05, por presunção na forma do art. 4º, § 4º, inc. IV, da Lei 7.014/96, que a seguir descrevo:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto [...]:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registrados;

Em sede de defesa às fls. 291 /292 dos autos, alega a defendente , dentre outros argumentos, que não constam dos Autos, nenhuma prova de recebimento por ela das citadas notas e mercadorias ou produtos objeto do

demonstrativo de débito da citada infração, impossibilitando determinar a data de suposto ingresso. Diz também que não foram anexadas aos Autos, provas de pagamentos por aquisições das Notas citadas. Destaca que se trata de exigência baseada em mera presunção não comprovada.

Na informação fiscal às fls. 453/456 o d. Fiscal Autuante rebate de forma contundente todos os argumentos de defesa postos pelo sujeito passivo, em que se apresenta efetivo para a manutenção da autuação no mérito, entretanto, na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em respeito ao princípio da verdade material, no sentido de imprimir e entregar ao autuado, sob protocolo, todas as notas fiscais de entradas de mercadorias no estabelecimento do autuado, relacionadas à infração 3, que diz não terem sido registradas nos livros fiscais próprios e que alega ter entregado ao defendente na forma do documento à fl. 273, através de mídia, vez que ao acessar o referido o CD, objeto da mídia, não se foi possível visualizar tais notas fiscais.

Em sede de diligência o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JJF na forma dos documentos às fls. 475 a 487 dos autos. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente.

Desta forma entendo subsistente a infração 3 nos valores apontados originalmente às fls. 181/182 pelo d. Fiscal Autuante e mantido nas suas informações fiscais de fls. 453 a 456, 471 e 488, de forma contundente na forma da legislação, dado que o defendente não trouxera qualquer manifestação de mérito, nem tampouco de forma, como destacado nas fls. 291 /292 dos autos, que pudesse elidir a autuação, vez que ao ser entregue as notas fiscais objeto da autuação, na forma dos documentos acostados às fls. 475 a 487 dos autos dos autos, manteve-se silente. Infração 3 subsistente.

Em relação a infração 4 que diz respeito a ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação.

Em sede de manifestação de defesa, o sujeito passivo alega que a suposta infração, não foi devidamente comprovada, o que precisaria ser para manter o lançamento. Diz que, não podem prosperar as exigências contidas no Auto, porque não condizem com a realidade, haja vista que, nos demonstrativos elaborados pelo autuante, não foram computados vários valores de pagamentos efetuados pelo contribuinte, relativos a substituição/antecipação, conforme DAE's, que anexa aos autos, bem como valores de GNRE's pagas antes do ingresso das mercadorias no Estado da Bahia na forma de fotocópias anexas.

Também alega que foram computados valores de ICMS substituição destacados em notas fiscais, por contribuinte substituto, com inscrição no Estado da Bahia. Cita os casos da Viti Vinicola Cereser Ltda., e da Nutriave Alimentos Ltda, conforme fotocópias de DANFE's anexas aos autos.

Anexa, ainda, planilha (fls.305/306) de contestação à citada infração 4, que diz comprovar inconsistência de cálculos elaborados pelo autuante. Nessa mesma planilha desenvolve uma comparação entre os débitos apontados no Auto, e débitos efetivamente reconhecidos pelo autuado. Aduz, então, que o exame dos documentos e demonstrativo anexo, comprova a inexistência de débitos para a infração 4.

Instado a manifestar, o d. Fiscal Autuante traz considerações conforme a seguir: "o defendente alega que não foram considerados no levantamento da infração 4 vários pagamentos relativos a substituição/antecipação por DAE's, bem assim GNRE's, inclusive junta à fls. 305/306 planilha destacando os valores recolhidos". Nesse contexto, diz que, ao examinar os recolhimentos, que a defesa juntou cópia (fls. 314), refere-se a um pagamento em setembro de 2010, Cód. Receita 0759 – ICMS regime normal comércio; outro em setembro de 2010, Cod. Receita 2183 – ICMS Antecipação de descredenciado e outro Cod. Receita 2175 – ICMS Antecipação Parcial no mesmo mês. Aduz, então que não foi reclamado crédito neste período, conforme se pode observar no demonstrativo de débito à fl. 3 dos autos. De modo que a planilha juntada não condiz com o alegado.

Sobre o argumento de que nas operações com rações e alimentos para aves e animais, o fornecedor: Nutriave Ltda., tem inscrição como substituto tributário no Estado da Bahia e destacou o ICMS substituição nas N.Fiscais. Portanto, tais notas devem ser excluídas da cobrança no Auto". Neste aspecto, diz que, não foram incluídas as notas fiscais decorrentes dessa operações na autuação. Observa, que tanto é verdade, que a ilustre defesa não identificou qual nota deve ser excluída, nem tampouco apontou uma sequer.

Na sessão de julgamento da 1ª JJF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em relação a Infração 4, conforme o seguinte destaque (fls. 467/468): "a acusação é de que o autuado deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. O defendente, às fls. 305/304, além de apresentar quadro destacando os valores pagos por GNRE, relativo à parte do débito cobrado indevidamente na infração 4, diz que o d. agente Fiscal inclui cobrança indevida de ICMS ST em operações com produto oriundo da Viti Vinicola Ltda - Xarope de Groselha – à luz do seu entendimento, não incluído na substituição".

Desta forma, em conformidade com os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, foi solicitado do d. Fiscal

Autuante desenvolver nova informação fiscal abrangendo todos os aspectos da defesa, em especial quanto ao argumento defensivo de que o produto “Xarope de Groselha” não estaria incluído na substituição tributária. Relativamente aos pagamentos do ICMS ST que, o autuado, diz já ter pago; bem assim solicitar cópia dos comprovantes de pagamento condizentes com o quantum apresentado no demonstrativo à fl. 305/306, que faz parte integrante da defesa. Neste contexto, constatando que resta razão ao defendente, refazer o demonstrativo de débito da infração 4.

Em sede de diligência, o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JF na forma dos documentos às fls. 488 a 490 dos autos. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente.

Desta forma entendo subsistente a infração 4 nos valores apontados originalmente às fls. 214/223 pelo d. Fiscal Autuante e mantido nas suas informações fiscais de fls. 456 a 457, 471 a 472 e 488, 489 e 490 vez que a manifestação de mérito acostada aos autos às fls. 280/289, pelo defendente, não foram capazes de elidir a autuação. Ademais em sede de diligência determinada pela 1ª JF, na forma do pedido às fls. 467/468, manteve-se silente. Infração 4 subsistente.

Quanto a Infração 5, que diz respeito à falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial. Vê-se que o defendente apresenta demonstrativo às fls. 307/308, elencando valores constantes da autuação, que estariam sendo cobrados indevidamente na infração 3, por quantum se referir a produtos acobertados pelo regime da substituição tributária – alimentos para aves, como alpiste e girassol, e produtos outros como deo-colônia, leite condensado, etc.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal apenas destaca que o contribuinte tomou ciência das notas fiscais e não informa o número de nenhuma das notas fiscais que devem ser excluídas da cobrança, o que o fez manter a autuação na sua totalidade.

Na sessão de julgamento da 1ª JF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em relação a Infração 5, conforme o seguinte destaque (fls. 467/468): “intimar o defendente a apresentar os números e cópias das notas fiscais que supostamente estariam indevidamente incluídas no demonstrativo de débito da infração 5. Constatando que resta razão ao defendente, excluir do levantamento e refazer o demonstrativo de débito da infração 5”.

Em sede de diligência, o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JF na forma dos documentos às fls. 488 a 490, 473, 475 e 488 dos autos. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente. Infração 5 subsistente.

Por sua vez, a Infração 6, que diz respeito à a recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial, o defendente apresenta demonstrativo às fls. 309/310, elencando valores constantes da autuação, que estariam sendo cobrados indevidamente na infração 3, por quantum se referir a produtos acobertados pelo regime da substituição tributária – alimentos para aves, como alpiste e girassol, e produtos outros como deo-colônia, leite condensado, etc. Também indica no demonstrativo valores que supostamente já teriam sido recolhidos.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal apenas destaca que o contribuinte tomou ciência das notas fiscais e não informa o número de nenhuma das notas fiscais que devem ser excluídas da cobrança, o que o fez manter a autuação na sua totalidade.

Na sessão de julgamento da 1ª JF de 03/03/2016, os membros deliberaram pela conversão do presente PAF em diligência ao autuante, em relação a Infração 6, conforme o seguinte destaque (fls. 467/468): “em respeito ao princípio da verdade material, intimar o defendente a apresentar os números e cópias das notas fiscais que supostamente estariam indevidamente incluídas no demonstrativo de débito da infração 6. Constatando que resta razão ao defendente, excluir do levantamento e refazer o demonstrativo de débito da infração 6”.

Observa-se, também, que o defendente destaca na defesa de que já teria recolhido parte do imposto cobrado na autuação. Intimar para apresentar documentos que comprove tal recolhimento. Comprovando, excluir da autuação.

Em sede de diligência, o d. Fiscal Autuante diz ter cumprido a orientação dos membros da 1ª JF na forma dos documentos às fls. 488 a 490. Isto posto, cumprido a deliberação, em conformidade com os termos da informação fiscal de fl. 497, vê-se que o defendente se manteve silente. Infração 6 subsistente.

A Infração 7, que se relaciona a retenção e recolhimento a menor de ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscrito na condição de microempresa; o defendente apenas se limita a destacar que os valores relativos à exigência fiscal decorrem de divergências irrisórias, referentes a arrendamentos e aproximação de cálculos, por se tratar de notas fiscais de pequenos valores.

Na informação fiscal, o d. agente Fiscal diz concordar com a tese da defesa, porém por quantum sua atividade vinculada à Lei, não está em seu desígnio fazer escolhas e mantém a autuação. Compulsando os demonstrativos analíticos às fls. 253/258, que fundamentam a autuação, vê-se que de fato, em relação a algumas notas fiscais, o

recolhimento a menor de ICMS, se relaciona a arrendamentos e aproximações de cálculos de valores apurados.

Nesse sentido, o demonstrativo de débito da infração 7 (fls. 253/258), independente da significância dos valores apurados, trazem informações que não são suficientes para se determinar, com segurança, a infração cometida, vez que não identifica se o erro de arredondamento foi cometido pelo d. agente Fiscal, ou pelo sujeito passivo. O que se observa de concreto é que o autuante concorda com a tese do defendente de que os valores levantado de recolhimento a menor, no demonstrativo de débito da infração, decorre de divergências entre as partes no arredondamento dos cálculos apurados. Desta forma, por quantum a tal incerteza, considero insubsistente a infração imputada.

Sobre o efeito confiscatório das multas aplicadas na autuação aventada pelo sujeito passivo, saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciação de Decisão do Poder Judiciário conforme assim preconiza o art. 167, I e II do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, por restar procedente em parte as infrações 1 e 2; e totalmente procedente as infrações 3, 4, 5, e 6 pelas razões descritas acima; e a infração 8, que se manteve silente o defendente, sendo considerada procedente por considerar aceito o crédito reclamado; bem assim insubsistente a infração 7 por inexistência de elementos suficientes para caracterizar a infração imputada.

VOTO DISCORDANTE

Em que pese o posicionamento adotado pelo ilustre relator, ousou discordar do mesmo, em relação à infração 03, pelas razões que passo a expor:

A descrição da mesma é “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas”, com lançamento de imposto no valor de R\$ 1.572,05, além de multa de 100%. Consta da descrição dos fatos que a mesma foi apurada com base no demonstrativo de débito e planilhas anexas, especialmente o livro Registro de Entradas de Mercadorias de fls. 185 a 189, 191 a 200 e 201 a 207, correspondente, respectivamente, aos exercícios de 2010, 2011 e 2012.

A acusação, se fundamenta, pois na presunção prevista no artigo 4º, § 4º, da Lei 7,014/96, segundo o qual

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

(...)

§ 4º. Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;

b) administradoras de cartões de crédito ou débito;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante;

VII - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte como sendo recebidos por meio de cartão de crédito ou débito inferiores aos informados pelas respectivas administradoras”.

De tal intelecção se verifica, de plano, que o legislador estabeleceu duas vertentes para a ocorrência da presunção: exame nos livros contábeis da empresa e informações advindas de terceiros.

No primeiro caso, temos as hipóteses dos incisos I a V, ao passo que no inciso VI encontra-se a presunção advinda de informação de terceiro, caso das administradoras de cartões de débito e crédito, das instituições financeiras e shopping centers.

Feita esta colocação, observo que o autuante, e isso consta da própria acusação, o trabalho fiscal embasou-se nos lançamentos constatados da análise do Livro Registro de Entradas de Mercadorias de fls. 185 a 189, 191 a 200 e 201 a 207, não se reportando, em momento algum, a exame levado a efeito na contabilidade da empresa, para fins de constatação de tais lançamentos de notas fiscais.

Da mesma forma, a diligência, quando solicitada, não fez tal verificação, contentando-se com a mera análise do livro fiscal acima mencionado.

Some-se a isso o fato de que os demais itens da autuação não se reportarem a existência de omissões de receita ou de operações, apenas e tão somente recolhimentos não realizados ou realizados a menor, caso das infrações

01, 04, 05 e 02, 06 e 07, respectivamente.

Nesta hipótese, entendo, em alinhamento com diversas decisões deste Colegiado, que apenas e tão somente, com base na escrituração fiscal, seria possível o lançamento da multa de 1% estabelecida no artigo 42, inciso IX, da Lei 7.014/96 segundo a qual cobrar-se-ia “1% (um por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeitos a tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal”, não sendo possível o lançamento de imposto, a menos que comprovado que a falta de registro ocorreu na contabilidade da empresa, o que não se verificou, ou não se informa nos autos.

Tal entendimento encontra-se estribado, como afirmado anteriormente, em julgados deste Conselho, a exemplo dos Acórdãos CJF Nº 0204-12/16 o qual possui a seguinte Ementa:

“ICMS. ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Quando esta situação ocorre, a lei autoriza a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. A ocorrência foi constatada pela falta de contabilização de entradas de mercadorias. Comprovada a inadequação do roteiro de fiscalização da forma como foi aplicado, em virtude do ramo de atividade do estabelecimento ser “hotel”, com venda de serviços de hospedagem com fornecimento do serviço “all inclusive”, cuja operação sujeita-se ao pagamento de imposto municipal”. Modificada a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO e, de ofício, julgar Improcedente o Auto de Infração. Decisão unânime”. (grifei).

Por outro lado, posso mencionar, de igual forma, Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, exarada em 10 de novembro de 2015, à unanimidade, através do Acórdão 0220-04/15, cujo texto a seguir destaco: “...a cobrança realizada é de imposto, pela presunção de omissão de saídas de mercadorias, sem o registro dos documentos fiscais nos livros próprios, o que configuraria pagamento das aquisições com Recursos decorrentes de operações anteriores sem notas fiscais, podendo ser apurada através dos registros contábeis, especialmente o livro caixa. Desta forma, o autuante deveria lançar a falta de escrituração dos documentos fiscais na escrita contábil, da empresa.

Todavia, nas intimações para apresentação de livros e documentos de fls. 12 e 13 apenas constam a solicitação de apresentação de livros fiscais, o que torna o roteiro aplicado incompatível com a infração lançada, pois ao cobrar imposto por presunção, não ficou comprovada a realização de qualquer exame contábil pelo autuante, o que inviabiliza a autuação quanto a este item, e diante das hipóteses elencadas no artigo 18 do RPAF/99, de ofício, a julgo nula”.

Na mesma esteira, posso igualmente mencionar Decisão do Conselho de contribuintes do Estado de Minas Gerais, através de sua 1ª Câmara de Julgamento proferiu o Acórdão 20.379/11/1ª, o qual possui a seguinte ementa a respeito de tal tema:

“OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - FALTA DE REGISTRO/ESCRITURAÇÃO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS PRÓPRIOS - LIVRO DE REGISTRO DE ENTRADA. Constatada a falta de registro no livro Registro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias. Infração caracterizada nos termos do art. 16, inciso VI da Lei nº 6.763/75. Exigência da Multa Isolada prevista no art. 55, inciso I da Lei nº 6.763/75. Entretanto, excluem-se a multa isolada vinculada às mercadorias recebidas por transferência de outro estabelecimento do mesmo titular, em face da conexão com a Multa Isolada do art. 55, inciso II da mesma lei. Adequação da penalidade remanescente, ao disposto na alínea “b” do mesmo dispositivo, quando vinculadas às mercadorias recebidas para industrialização, em face do acobertamento fiscal do retorno dos produtos”.

Destaco trecho do Relator naquela oportunidade, o qual assim se manifestou:

“Mantém-se em parte, todavia, a penalidade prevista no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75, uma vez que os documentos não foram escriturados no livro de Registro de Entradas. O dispositivo em questão assim prescreve:

Art. 55 - As multas para as quais se adotarão os critérios a que se referem os incisos II a IV do art. 53 desta Lei são as seguintes:

I – por faltar registro de documentos próprios nos livros da escrita fiscal vinculados à apuração do imposto, conforme definidos em regulamento – 10% (dez por cento) do valor constante no documento, reduzido a 5% (cinco por cento) quando se tratar de:

- a) entrada de mercadoria ou utilização de serviços registrados no livro diário;*
- b) saída de mercadoria ou prestação de serviço, cujo imposto tenha sido recolhido;*

No caso dos autos, exigiu o Fisco a penalidade prevista no inciso I, sem a atenuante das alíneas “a” e “b”. As saídas em retorno de mercadoria enviadas para industrialização ocorreram com suspensão do ICMS. Logo, não

havia imposto a recolher. A interpretação que melhor se adequa ao disposto na alínea “b” acima é a de que o imposto tenha sido destacado no documento fiscal e recolhido quando devido.

No presente caso, a aplicação correta do instituto da suspensão equivale ao destaque, para fins de aplicação da norma redutora da pena. Neste sentido, deve-se adequar a Multa Isolada capitulada no inciso I do art. 55 da Lei nº 6763/75 ao disposto na alínea “b” do mencionado dispositivo”.

Ou seja: este não é o entendimento pontual ou particular deste julgador, mas o predominante nos diversos órgãos de julgamento administrativo do país.

Desta forma, entendo que no presente caso, diante dos motivos expostos, a infração deve ser julgada improcedente, pela falta de absoluta certeza quanto a omissão que resulte na falta de recolhimento de imposto de que se acusa a empresa autuada.

Irresignado, o Contribuinte apresenta Recurso Voluntário tempestivo, aduzindo, de início, que mesmo diante da Decisão da junta, o Auto de Infração é parcialmente procedente, nos termos esposados na sua peça de defesa, tudo com base nos seus argumentos, lastrados nas planilhas que trouxe aos autos, junto à sua peça de irresignação.

Assevera que a informação fiscal prestada pelo autuante e que findou por excluir valores significativos das infrações que lhe são imputadas, *in fine*, corroboram a sua tese, entendendo clara e inequívoca a ocorrência de cobranças indevidas, por inobservância dos reais critérios de tributação da grande maioria de produtos comercializados pelo autuado.

Quanto às planilhas juntadas na defesa, diz que foram elaboradas a partir de cópias das Planilhas apresentadas pelo autuante e que se limitou a fazer exclusões de itens, que afirma o autuante serem indevidos. Com base no que afirma, assevera que é sem sentido a insistente afirmação do autuante e do Relator de que não teriam sido indicadas as Notas a serem excluídas e que justificariam a não exclusão de débitos.

Assevera que fez vir aos autos o “*Extrato de Processo nº 8500001939136A e Demonstrativo de Débitos objeto de Denúncia Espontânea*”, e que tais documentos não teriam sido objeto de apreciação criteriosa, o mesmo tendo ocorrido com os documentos “*Fotocópias de DAES referentes a ICMS Normal, Adic. Fundo de Pobreza, Antec. Descredenciados, e Relação de DAES pagos em 2010, 2011 e 2012*” e “*Fotocópias de Notas Fiscais c/ICMS substituição destacado, pelos remetentes, com inscrição no Estado e Fotocópias de GNRES pagas*”, ao final indagando “*O que seria necessário fazer ou apresentar, para ser objeto de apreciação e exclusão de débitos apontados indevidamente ?*”

Diz do ônus probante do Estado, ao tempo em que afirma que “*...as fotocópias de DANFES e N. Fiscais, anexadas pela Defesa, comprovando que efetivamente, o autuante não considerou valores a deduzir, de substituição paga na operação anterior, pelos remetentes, com inscrição específica na SEFAZ/BA., poderiam ser totalmente comprovadas, haja vista que, tanto nas planilhas juntadas pelo autuante, quanto nas planilhas juntadas pela Defesa, constam identificação de: origem, nº da NF-e, produtos, CST, além dos respectivos códigos de acesso.*”

Nessa esteira, aduz que o autuante, frente aos elementos apresentados e juntados aos autos, poderia ter levado a efeito melhor e mais profícua investigação da verdade dos fatos, certo que a manutenção das cobranças que entende indevidas, implicaria em *bis in idem*, entendido que estaria o Fisco cobrando valores que já foram objeto de recolhimentos nas etapas anteriores ou indevidos.

Reitera que as acusações carecem de elementos que lhe concedam a segurança necessária à sustentação da exigência em comento, apesar das reduções já reconhecidas, entendendo que o julgamento pautou-se por falsas premissas e ausência de provas concretas, claras e precisas, da acusação imputada, também lembrando que foi rechaçada a necessidade de exame físico mais detalhado dos documentos gerados na empresa e, que não foram fielmente reproduzidos nas planilhas elaboradas pelo autuante.

Pugna pela procedência total do seu Recurso, para que seja determinada a procedência parcial do Auto de Infração.

Requer que seja determinada a revisão do lançamento por fiscal estranho ao feito, com o fim de que seja levada a efeito a análise do conteúdo das planilhas anexadas pelo autuante e, pela Defesa, com exame detalhado de documentos que as respaldam, bem assim da confrontação de dados constantes das planilhas anexadas pelo autuante e, o conteúdo dos arquivos de origem.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 2ª JF que julgou, por maioria de votos, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir do ora recorrente crédito tributário no valor histórico de R\$52.840,68 em decorrência do cometimento de seis das sete infrações.

Em apertada síntese, a tese recursal tem assento na suposta insegurança do lançamento em razão das correções feitas pelo autuante e que redundaram na redução do quanto exigido inicialmente, além do fato de que os documentos, planilhas e razões apresentadas em sede de defesa não teriam sido analisados pelo autuante e pela Junta de Julgamento Fiscal da forma e com a atenção devida.

Vê-se de plano que o Recurso Voluntário interposto pelo Sujeito Passivo é por demais genérico, vez que não ataca de maneira específica e consubstanciada o lançamento ou mesmo a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Do ângulo da segurança do lançamento, o que suscitaria a nulidade do Auto de Infração, vejo que há pleno atendimento do quanto preceitua a legislação no que pertine à eventual nulidade, com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto nº 7.629/99, sobretudo o art. 39, constato, assim, que não há qualquer vício que lhe imponha mácula, pois estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração.

Observo também que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração ou mesmo a descrição dos fatos de cada uma das acusações fiscais, restando suficientes os elementos presentes aos autos, para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Oportuno registrar que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, eis que contrariando o discurso do recorrente, a descrição dos fatos guarda pertinência com a conduta típica, se prestando a esclarecer e corroborar as acusações fiscais. Demais disso, há que esclarecer que os documentos trazidos aos autos se prestam de esteio das imputações.

Especificamente em relação às correções levadas a efeito pelo autuante quando da realização da diligência determinada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, tais correções não podem inquirir o lançamento de nulidade, pois, correções no lançamento são absolutamente possíveis no curso do processo, certo que a busca da verdade material deve ser perseguida, tudo com arrimo nos princípios que regem o direito e o próprio processo administrativo.

Nessa esteira, voltando o olhar às etapas processuais, vejo que todos os passos foram rigorosamente seguidos, sobretudo aqueles atinentes às intimações feitas ao Recorrente e à possibilidade de manifestação, de maneira que lhe foi garantido, em todas as fases, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, restando respeitados os incisos LIV e LV do art. 5º, da Carta Magna.

Referentemente à eventual suposta nulidade da Decisão recorrida, por primeiro há que se estabelecer que a instância de piso cuidou, como deve ser, de buscar a verdade dos fatos a partir dos elementos trazidos aos autos, sobretudo as razões e os elementos trazidos pelo Sujeito Passivo. Nessa linha, os julgadores de primo grau decidiram com base nos elementos dos autos, nem mais e nem menos, ou seja, o trabalho da junta foi pautado pela observação e verificação dos dados trazidos pelas operações e documentos fiscais, bem como foram atacados todos os

pontos da peça de defesa, analisando todos os argumentos defensivos e as provas trazidas aos autos, o que se reflete no acolhimento de parte das razões defensivas, com a redução do valor inicialmente exigido.

Assim, considerando que foi aplicado ao Auto de Infração e ao *decisum* de primo grau a legislação vigente, não havendo qualquer falha como sugere o Sujeito Passivo, não vislumbro a possibilidade da aplicação de qualquer das hipóteses do art. 18, do RPAF.

Isto posto, não há que se pensar em nulidade do lançamento nem da Decisão recorrida.

No mérito, o recorrente não traz qualquer elemento novo que possa suscitar a análise das suas razões expostas na peça de defesa, sendo certo que os elementos colacionados aos fólios do presente processo, consoante se verifica do voto condutor da Decisão de piso, foram todos analisados, tanto assim que o processo foi convertido em diligência que findou por reduzir o valor da exigência inicialmente lançada.

Cumpram ainda destacar que o Sujeito Passivo teve ao seu dispor o resultado da diligência, do qual manteve-se silente.

De toda maneira, caso o Sujeito Passivo consiga demonstrar e provar que efetivamente foram desconsideradas informações e elementos no lançamento, mesmo revisado, pode, querendo, provocar a PGE/PROFIS, no controle da legalidade, que poderá, por sua vez, representar para uma das Câmaras de Julgamento deste Conselho de Fazenda.

Por fim, entendendo que não pode prosperar a tese recursal, VOTO no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para manter a Decisão de piso na sua inteireza.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº **222468.0001/15-9**, lavrado contra **A V M LESSA DE ITABUNA (PRISMA DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.840,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$51.268,63 e 100% sobre R\$1.572,05, previstas no art. 42, II, alíneas “b”, “d” e “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2017.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO – RELATOR