

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0007/16-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS - LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0058-03/17
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/12/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0314-11/17

EMENTA. ICMS. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. Embora o Recorrente tenha anexado ao processo cópias de seus registros de entradas e sequer fez assinalar, ou indicou a página para conferência pelo menos do lançamento das notas fiscais, este Relator fez uma varredura nos registros de entradas dos meses citados e não encontrou registros destas notas fiscais, razão pela qual mantenho a decisão *a quo*. Infração 1 procedente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. A redução da infração no julgamento de piso, conforme se comprova às fls. 395/437 da impugnação, ocorreu por conta de notas fiscais canceladas e de mercadorias enviadas com fins promocionais, que foram prontamente acatadas pelo autuante, sendo mantida a Decisão recorrida de ofício. Quanto ao Recurso Voluntário, configura-se irrelevante se na bonificação, o Recorrente deixou de obter resultados financeiros quanto a entrega bonificada de algumas mercadorias, sendo pois tributadas. Como bem frisou o Relator a quo, *em relação às mercadorias recebidas para comercialização, inclusive a título de bonificação, enquadrada no regime de substituição tributária, cabe ao defendente efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar*. Mantida a decisão de piso. Infração 2 procedente em parte. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Não trouxe nenhuma prova de que alguma alíquota tenha sido aplicada sem que estivesse prevista em Lei. Apenas argumentou acerca do enquadramento dos artigos correspondentes às alíquotas, como se isso fosse suficiente para trazer cerceamento à defesa. Uma vez sendo reportada a infração com alíquota diversa, está perfeitamente caracterizada a infração aos artigos citados na Lei nº 7.014/96, tendo o autuante apenas elaborado demonstrativo com a alíquota corretamente atribuída. O Recorrente não logrou apresentar erros. Mantida a Decisão recorrida. Infração 3 procedente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM

DOCUMENTOS FISCAIS. Após a defesa inicial, o lançamento foi revisto, sendo mantido o valor lançado no exercício de 2012. Contudo em 2013, o autuante excluiu a mercadoria GELATINA ABACAXI ZERO SOL, COD. 192, já que o Recorrente provou que não constava das notas fiscais de entrada, havendo erro comprovado na EFD. Assim, a infração foi reduzida. Quanto ao Recurso Voluntário, é fato que o SPED veio a substituir a escrituração convencional, que ao seu tempo, também não se permitia correções sob fiscalização, ou seja, não é mesmo possível corrigir escrituração sob ação fiscal, a menos que o contribuinte possua outros meios de prova de suas incorreções, visto que haveria total insegurança jurídica das ações fiscais. Mantida a Decisão recorrida. Infração 4 procedente em parte. Negada a preliminar de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos pela Junta de Julgamento e pelo contribuinte, em virtude da 3ª JJF, haver julgado Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 30/05/2016 quando foi lançado o crédito tributário no valor de R\$1.096.065,96, e reduzido em julgamento para R\$1.001.534,32 conforme Acórdão JJF 0058-03/17 (fls. 1.857/70). Consta o lançamento de 4 infrações, a seguir descritas:

Infração 01 – 06.01.01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês agosto de 2010. Valor do débito: R\$43.946,55. Multa de 60%.

Infração 02 – 07.01.02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2012; janeiro a abril, junho e julho de 2013. Valor do débito: R\$748.695,14. Multa de 60%.

Infração 03 – 03.02.02: Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a novembro de 2012; agosto, outubro a dezembro de 2013. Valor do débito: R\$20.586,08. Multa de 60%.

Infração 04 – 04.05.01: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2012 e 2013). Valor do débito: R\$282.838,19. Multa de 100%.

Após a apresentação da defesa e prestação de informações pelo autuante, os autos foram submetidos à apreciação pela 3ª JJF que na assentada de julgamento datada de 04 de Abril de 2017, que julgou Parcialmente Procedente conforme voto transcrito, em resumo, abaixo:

VOTO

O defendente requereu a nulidade parcial da autuação alegando falta de informação necessária para realização da defesa, ou seja, cerceamento de defesa. Disse que o autuante, ao enquadrar a Infração 03, afirmou que houve recolhimento do ICMS a menos, em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Entretanto, na planilha que compõe o Auto de Infração e no demonstrativo anexo III do PAF não foi informado qual a alíquota diversa aplicada.

Apresentou o entendimento de que está evidente o erro na forma de apuração da Infração 03, ou seja, deixou de informar qual a alíquota foi aplicada pelo autuado no caso em concreto, além do que aplicou alíquota diversa do suposto enquadramento embasado para a autuação e inseriu artigo que não possui qualquer relação com o negócio do recorrente. Conclui que restou demonstrado que a infração 03 é nula pleno direito, pois está lastreada em artigos que impossibilitam a oportunidade de defesa por parte do recorrente.

A infração 03 trata recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a novembro de

2012; agosto, outubro a dezembro de 2013, conforme Anexo III do Auto de Infração, fls. 28 a 48 do PAF. No mencionado Anexo III, consta a lista de notas fiscais/itens de mercadorias, tendo sido elaborada uma “descrição dos rótulos cujos nomes não são auto explicativos” (fls. 45 e 48), encontrando-se a indicação da alíquota informada pelo contribuinte e a alíquota definida pela auditoria.

O autuante informou que se pode constatar nos documentos fiscais autuados que as mercadorias estão com alíquotas em desacordo com o determinado pela Lei 7.014/96. Na maioria dos casos, a empresa aplicou alíquota “0” de ICMS aos produtos, conseqüentemente, reduzindo o valor do imposto a recolher da nota fiscal autuada. Entendo que os demonstrativos elaborados pelo autuante são detalhados, não houve prejuízo ao defendente, porque a indicação da infração e a descrição dos fatos foram efetuadas de forma compreensível, foi indicada a multa aplicada relativamente à irregularidade apurada; não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento acostado aos autos.

Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos. O PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a Infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês agosto de 2010, conforme Anexo I, demonstrativo às fls. 12 a 14 e notas fiscais às fls. 15 a 20 do PAF. O defendente alegou que adquiriu os ativos fixos que foram objeto da infração em questão, relacionado no demonstrativo do Anexo I do lançamento, nos meses de abril e junho, e que foram realizados os devidos recolhimentos de ICMS, contudo, por um equívoco, as aquisições somente foram lançadas no mês de agosto, conforme copia do livro Registro de Entrada, livro Registro de Apuração de ICMS, recibo de DMA e Notas Fiscais do ativo imobilizado.

O autuante informou que esta infração foi apurada através da Escrituração Fiscal Digital (EFD) apresentada pela empresa à SEFAZ/BA. A empresa lançou as notas fiscais autuadas no mês de agosto/2012 e não efetuou o recolhimento do ICMS relativo à diferença de alíquota, conforme observado no livro de Apuração do ICMS entregue pelo autuado à SEFAZ/BA, via Sistema Público de Escrituração Digital (SPED) e anexo a este PAF às fls. 87 a 113. Disse que se pode verificar, também, que não há qualquer recolhimento de diferença de alíquotas nos meses de abril e junho de 2012 (fls. 90 e 92).

Verifico que o levantamento fiscal à fl. 14 indica que foi apurado o imposto relativo à diferença de alíquota correspondente às Notas Fiscais Eletrônicas – NF-e de números 82260, 82261, 82262, 79583, 79584, 79585 (fls. 15 a 20 do PAF), sendo apurado o débito no valor total de R\$57.085,74. No demonstrativo à fl. 13 consta que foi deduzido o valor do imposto lançado pelo autuado no livro RAICMS (R\$13.139,19), conforme relatório gerado pelo Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, fl. 94 do PAF.

Entendo que não assiste razão ao defendente, considerando que foi exigido no presente lançamento o valor da diferença de alíquota deduzindo o imposto lançado na Escrituração Fiscal Digital – EFD. Dessa forma, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal, tendo em vista que é devido o ICMS relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Infração 02: Recolhimento efetuado a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, enquadradas no regime de Substituição Tributária, nos meses de janeiro a abril, junho a dezembro de 2012; janeiro a abril, junho e julho de 2013. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Autuado apresentou alegações quanto às notas fiscais canceladas e disse que o autuante incluiu no levantamento fiscal bonificações realizadas, que não devem sofrer a incidência de ICMS. Disse que a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado, mas o valor da operação, que se define no momento em que esta se concretiza. Afirma que os valores de bonificação não integram a base de cálculo do ICMS porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre a saída da mercadoria da empresa. Apresentou o entendimento de que a base de cálculo do ICMS não pode utilizar elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos.

O autuante acatou os argumentos defensivos referentes às notas fiscais canceladas, material promocional e com

imposto já antecipado, constantes das fls. 395 a 437 da defesa. Em relação às bonificações, informou que foram autuadas as entradas de mercadorias provenientes do Estado de São Paulo, com NCM "1902300", ou seja, "massas em geral", tendo em vista que, não existe convênio entre a Bahia e o referido Estado para fins de substituição tributária, ficando obrigado, o adquirente, a efetuar a antecipação tributária do ICMS que encerre a fase de tributação do imposto.

Entende que as mercadorias recebidas "em bonificação" do referido Estado da Federação também estão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, porque, nas vendas efetuadas pela empresa emitente com a concessão de bonificações em mercadorias, está praticando uma operação de circulação de mercadorias através de dois atos ou negócios jurídicos, quais sejam: compra e venda e doação (bonificações), com transferência de propriedade.

Também informou que as bonificações não foram concedidas na mesma nota fiscal das vendas e que não há que se confundir as operações de concessão de descontos com a de concessão de bonificações. Não acolhe os argumentos defensivos referentes às mercadorias adquiridas "em bonificação" e retifica parcialmente a Infração 02 para o montante de R\$ 659.206,99, conforme demonstrativos anexos à Informação Fiscal. Observo que em relação aos acréscimos e descontos concedidos quando da realização de operações sujeitas ao ICMS, incluem-se na base de cálculo do referido imposto todas as importâncias que representem despesas acessórias, acréscimos ou vantagens pagos, recebidos ou debitados ao destinatário, inclusive as bonificações.

Ou seja, conforme estabelece o § 1º do art. 17 da Lei 7.014/96, integra a base de cálculo do ICMS o valor correspondente a seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, inclusive os descontos concedidos sob condição. Portanto, entendo que assiste razão ao autuante quando incluiu as bonificações no cálculo do imposto exigido no presente lançamento. Neste caso, em relação às mercadorias recebidas para comercialização, inclusive a título de bonificação, enquadrada no regime de substituição tributária, cabe ao defendente efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

Quanto à revisão efetuada pelo autuante quando prestou informação fiscal, o defendente não apresentou qualquer contestação ou documento capaz de modificar a apuração realizada. Acato as conclusões do autuante e voto pela subsistência parcial desta infração, no valor total de R\$ 659.206,99, conforme os novos demonstrativos elaborados fls. 1129/1130.

Infração 03: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de abril a novembro de 2012; agosto, outubro a dezembro de 2013.

O defendente alegou que a autuação não pode ser aceita, afirmando que o anexo discriminativo de apuração do débito fiscal não possibilita verificar que o autuante tenha indicado qual alíquota foi aplicada pelo defendente. Pela apuração realizada disse que é possível apenas constatar um percentual de redutor e posteriormente a aplicação da alíquota de 17%, alíquota esta diferente da indicada no art. 16 da Lei 7.014/96 que seria 7%. Afirma não ser possível constatar no demonstrativo anexo os dois pontos percentuais referentes ao fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza previsto no art. 16-A da Lei 7.014/96. Acrescenta que a autoridade fiscal deixou de informar qual a alíquota foi aplicada pelo recorrente no caso em concreto, além do que aplicou alíquota diversa do suposto enquadramento embasado para a autuação e inseriu artigo que não possui qualquer relação com o negócio do recorrente.

O autuante apresentou os seguintes esclarecimentos:

- 1. Os demonstrativos de débitos anexos às fls. 30/45, exercício de 2012 e 47/48, exercício de 2013, discriminam claramente as alíquotas aplicadas pela empresa nas notas fiscais autuadas, no campo "AliqInf", letra "K" e a alíquota devida no campo "AliqAud", letra "P". No final dos relatórios são apresentadas descrições dos rótulos cujos nomes não são auto explicativos.*
- 2. Nos documentos fiscais autuados constam mercadorias com alíquotas em desacordo com o determinado pela Lei 7.014/96. Na maioria dos casos, a empresa aplicou alíquota "0" de ICMS aos produtos, conseqüentemente, reduzindo o valor do imposto a recolher da nota fiscal autuada.*
- 3. Nenhuma das operações informadas nas notas fiscais autuadas enquadram-se nos arts. 16 e 16-A. Portanto, o autuado não aplicou a alíquota correta determinada no art. 15 da Lei 7.014/96 nas suas operações de saídas de mercadorias.*

No Anexo III do Auto de Infração, consta a lista de notas fiscais/itens de mercadorias, tendo sido elaborada uma "descrição dos rótulos cujos nomes não são auto explicativos" (fls. 45 e 48), encontrando-se a indicação da alíquota informada pelo contribuinte e a alíquota definida pela auditoria. Neste caso, a indicação dos artigos 15, 16 e 16-A da Lei 7.014/96, não interferiu na apuração do débito, haja vista que no levantamento fiscal foi indicada a alíquota correta e o fato de ter sido indicadas alíquotas de forma genérica não invalida a autuação fiscal.

Da análise efetuada no demonstrativo elaborado pelo autuante, foi constatado que nenhuma das operações

informadas nas notas fiscais autuadas enquadram-se nos arts. 16 e 16-A. da Lei 7.014/96, e que o autuado não aplicou a alíquota determinada no art. 15 da mencionada Lei, nas suas operações de saídas de mercadorias. Dessa forma, acompanho as conclusões do autuante e voto pela subsistência deste item da autuação.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados (2012 e 2013).

Autuado alegou que o levantamento quantitativo realizado pelo autuante desconsiderou que o problema do estoque iniciou nos anos de 2010/2011, que já foram objeto de autuação, conforme planilha comparativa em anexo, bem como planilha de produtos que foram informados incorretamente. Sendo assim, a diferença do estoque apurada pelo autuante decorre das situações trazidas à tona, situações estas que acabaram por impactar no estoque do Autuado nos anos subsequentes.

O autuante informou que não há qualquer correlação entre os levantamentos quantitativos dos estoques dos exercícios fiscais de 2010/2011 com os exercícios de 2012/2013. Disse que os valores dos estoques iniciais e finais dos exercícios de 2012 e 2013 foram apurados através das informações prestadas pelo autuado à SEFAZ/BA através do SPED FISCAL sem qualquer alteração dos arquivos EFDs, nos períodos fiscalizados, portanto, não há qualquer empecilho para que seja realizado o levantamento quantitativo dos estoques nos exercícios de 2012/2013, em razão de a empresa ter sido autuada nos exercícios de 2010/2011.

Quanto ao argumento de que mercadorias foram informadas incorretamente, foi apurado através da planilha e NF-es apresentadas pela empresa em sua peça defensiva, que a mercadoria "GELATINA ABACAXI ZERO SOL IX12G", CÓDIGO 192, não consta das notas fiscais informadas pela empresa na EFD de entrada de 2012. Dessa forma, acolhe o argumento defensivo, porque ficou comprovado o erro na informação do SPED FISCAL e excluiu a referida mercadoria do levantamento do estoque de 2013. Dessa forma, foi mantido o valor de R\$ 30.504,78 para o exercício de 2012 e retificado o exercício de 2013 para o valor de R\$ 247.289,92, totalizando a infração 04 para o montante de R\$ 277.794,70, conforme demonstrativo anexo à informação fiscal.

Na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente afirmou que não pode o Auditor simplesmente desconsiderar que o problema do estoque iniciou no ano de 2010/2011, sob o argumento de que valores dos estoques dos exercícios de 2012 e 2013 foram apurados através das informações prestadas pelo autuado à SEFAZ/BA através do SPED FISCAL sem qualquer alteração dos arquivos EFD, pois deixou o Agente Fiscal de informar que o SPED FISCAL de 2013 foi enviado zerado, ou seja, o SPED FISCAL informado pelo Auditor foi enviado a ele por e-mail, contudo sendo realizada a ressalva de que a Autuada ainda estava apurando o seu estoque para enviar o SPED com o valor correto e de forma formal.

Disse que não realizou qualquer alteração junto a SEFAZ, pois o estabelecimento autuado já estava sendo fiscalizado e por isso ficou impossibilitado de promover a alteração do seu estoque do ano de 2013. Sendo assim, o SPED Fiscal do ano de 2013 enviado formalmente estava zerado. Acrescenta que o valor considerando no SPED Fiscal de 2013 não corresponde ao estoque real da Empresa Impugnante e tal fato é facilmente detectado através da juntada dos SPED FISCAL 2011 e 2012 e da planilha de estoque de 2013, que mostram que a empresa nunca teve um estoque do tamanho considerado pelo Agente Fiscal.

Quanto ao argumento de que mercadorias foram informadas incorretamente, foi apurado através da planilha e NF-e apresentadas pela empresa em sua peça defensiva, que a mercadoria "GELATINA ABACAXI ZERO SOL IX12G", CÓDIGO 192, não consta das notas fiscais informadas pela empresa na EFD de entrada de 2012. Dessa forma, foi acolhido o argumento defensivo, uma vez que ficou comprovado o erro na informação do SPED FISCAL e foi excluído a referida mercadoria do levantamento do estoque de 2013.

Conforme estabelece o art. 897-A do RICMS-BA/97, vigente à época dos fatos ou art. 247 do RICMS-BA/2012, a Escrituração Fiscal Digital – EFD se constitui em um conjunto de escrituração de documentos fiscais e de outras informações de interesse dos fiscos das unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, bem como no registro de apuração de impostos referentes às operações e prestações praticadas pelo contribuinte.

No § 1º do referido artigo consta a informação de que a EFD substitui os seguintes livros: i) Registro de Entradas; ii) Registro de Saídas; iii) Registro de Inventário; iv) Registro de Apuração do ICMS; v) documento Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente – CIAP.

Por outro lado, consideram-se escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega e, havendo necessidade de alteração parcial ou total das informações constantes do arquivo da EFD já transmitido, o contribuinte deverá retransmiti-lo com todas as informações. O § 2º desse mesmo art. 247 RICMS-BA/2012 prevê que se consideram escriturados os livros e documentos no momento em que for emitido o recibo de entrega.

O levantamento fiscal que resultou na lavratura do presente Auto de Infração foi efetuado com base em dados fornecidos pelo autuado por meio de EFD. A correção de erros, se existirem é de responsabilidade do contribuinte e os registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais relativos às entradas e saídas de mercadorias e inventário efetuado com base na contagem física do estoque. Portanto, no caso de

existência de erros, compete ao contribuinte informar e corrigir o erro antes de qualquer ação fiscal.

A responsabilidade do contribuinte imposta pela legislação quanto à Escrituração Fiscal Digital tem exatamente o objetivo de facilitar o envio de informações às unidades federadas e da Secretaria da Receita Federal, de forma que o foco de atuação do fisco e a escrituração realizada pelo contribuinte sejam facilitados por meio de um modelo único de lançamento, proporcionando fiscalizações e controles mais efetivos. Não é razoável atender ao pedido do defendente para retificar intempestivamente os dados dos estoques porque seria atentar contra a própria essência dos controles pretendidos, que tem por fim, evitar exatamente o que o impugnante pede: que o fisco busque outros livros e elementos além daqueles determinados pela legislação, dificultando ou até mesmo impossibilitando a apuração do imposto devido.

No caso em exame, não ficou comprovado nos autos que o defendente tenha enviado qualquer alteração parcial ou total das informações enviadas por meio da EFD, ficando caracterizado que o levantamento fiscal efetuado com base na referida escrituração. Neste caso, não há como acatar as alegações defensivas. Vale salientar que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão da documentação fiscal exigível (conforme art. 4º, da Portaria 445/98).

Acato as conclusões apresentadas pelo autuante quando prestou a informação fiscal e voto pela procedência parcial do presente lançamento, no valor total de R\$ 277.794,70, sendo R\$ 30.504,78 para o exercício de 2012 e R\$ 247.289,92 para o exercício de 2013 (fls. 1132/1150).

No que se refere às multas aplicadas do Auto de Infração o defendente requereu o afastamento da aplicação das referidas multas nos percentuais de 60% e 100%, apresentando o entendimento de que são ilegais.

Saliento que as penalidades aplicadas no presente Auto de Infração são legalmente previstas para as irregularidades apuradas, e não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	PROCEDENTE	43.946,55
02	PROCEDENTE EM PARTE	659.206,99
03	PROCEDENTE	20.586,08
04	PROCEDENTE EM PARTE	277.794,70
TOTAL	-	1.001.534,32

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11 e o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, conforme abaixo.

Alega que Decisão recorrida entendeu que relativo à arguição de nulidade da Infração 3 em Empresa Recorrente foi autuada por recolher a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas que o anexo III consta a lista de notas fiscais/itens de mercadorias tendo sido elaborada uma descrição dos rótulos cujos nomes não são auto explicativos encontrando-se a indicação da alíquota informada pelo contribuinte e a alíquota definida pela auditoria, por isso entendeu que os respectivos demonstrativos elaborados pelo Autuante são detalhados e que por isso não houve prejuízo ao Recorrente, não havendo assim violação ao devido processo legal.

A Recorrente vem arguir a nulidade parcial do Auto de Infração, uma vez que o Auditor Fiscal ao enquadrar a Infração 3 – 03.02.02 em Empresa foi autuada por recolher a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Pois bem, a partir do enfrentamento dos artigos que supostamente embasariam a autuação da Infração 3 – 03.02.02 frente ao anexo discriminativo de apuração do débito fiscal é possível verificar que o Agente fiscal não indicou qual alíquota foi aplicada pela Autuada. Além do que pela apuração realizada é possível apenas constatar um percentual de redutor e posteriormente a aplicação da alíquota de 17%, alíquota esta diferente da indicada no art. 16 da Lei nº 7.014/96 que seria 7%.

E mais não é possível constatar no demonstrativo anexo os dois pontos percentuais referente ao fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, inclusive percentual este que não deve compor a autuação, uma vez que as hipótese de incidência não se enquadram ao ramo da Recorrente, situação esta que acaba por cercear o direito de defesa da Autuada. Diante do exposto, resta demonstrado que a Infração 3 – 03.02.02 é nulo de pleno direito, pois está lastreado em artigos que impossibilitam a oportunidade de defesa por parte da Recorrente.

Quanto ao mérito, no que se refere à Infração 1 – 06.01.01 em que o Auditor Fiscal autuou a Empresa Impugnante sob o argumento que deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, cabe salientar que a Recorrente realizou o recolhimento do imposto referente às aquisições destinadas ao ativo fixo relacionada pelo Agente Fiscal.

Ocorre que, o que existiu no caso em tela foi que a Recorrente adquiriu os ativos fixos objeto da infração em questão, neste caso relacionado no demonstrativo do Anexo I da Notificação de lançamento, nos meses de abril e junho, meses estes que foram realizados os devidos recolhimentos de ICMS, contudo por um equívoco da Empresa Recorrente as aquisições somente foram lançadas no mês de agosto, contudo não houve o lançamento do diferencial de alíquota no SPED fiscal do mês de agosto, pois já havia sido lançado na apuração nos meses de entradas das notas.

O recolhimento do diferencial de alíquota foi realizada na apuração do ICMS normal da empresa nos meses da apuração da entrada das notas, entretanto considerando que a Recorrente possuía saldo credor não houve o pagamento através de um DAE específico e sim uma redução do saldo credor da empresa. Sendo assim, segue em anexo planilha com a apuração do diferencial de alíquota conforme notas constante nos livros fiscais e DAE referente a antecipação parcial.

As notas cobradas pela fiscalização são as 6 notas da FORD MOTOR que constam no SPED FISCAL no período de 08/2012, porém a apuração do Diferencial de Alíquota destas notas ocorreu efetivamente nos períodos de 04/2012 e 06/2012, conforme DMA e demonstrativo de cálculo da planilha em anexo.

Já com relação à Infração 2 em que o Auditor Fiscal autuou a Empresa Impugnante sob o argumento de deixar de efetuar o recolhimento a menor 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. Com relação a autuação referente a bonificações realizadas na Empresa Recorrente estas não devem sofrer a incidência de ICMS. Assim vejamos:

Inicialmente se faz necessário trazer a tona que a Lei Complementar nº 87/96 no art. 13, §1º, II, “a”, nas bases de cálculo de impostos, juntamente com o disposto no art. 146 da CF, manda incluir na base de cálculo do ICMS o valor da operação mercantil e também o dos seguros, juros e demais importâncias pagas, recebidas ou debitadas, bem como descontos, concedidos sob condição.

Desta forma, a base de cálculo do ICMS não é o preço anunciado, mas o valor da operação, que se define no momento em que esta se concretiza. Sendo assim, os valores de bonificação não integram a base de cálculo do ICMS porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre à saída da mercadoria da empresa.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) já pacificou a questão, consolidando a posição de que a base de cálculo do ICMS é o valor da operação mercantil efetivamente realizada, o que não ocorre na hipótese de bonificação, que é uma modalidade de desconto consistente na entrega de maior quantidade de produto vendido em vez de concessão de redução no valor da venda, de modo que o provedor das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, sem, contudo, implicar redução do preço do negócio. Processo AgRg no AREsp 661673 / RS.

Dessa forma, a base de cálculo do ICMS não pode utilizar elementos estranhos à operação

mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos. Percebe-se, assim, que a utilização de elementos estranhos na composição da base de cálculo do ICMS é ilegal e arbitrária, conforme planilha de notas de saídas e algumas notas fiscais exemplificativas.

Vale ressaltar que a Autuada não trouxe todas as notas fiscais referente a bonificação tendo em vista o grande volume de documentos, contudo na hipótese de entender ser necessário a juntada de todas as notas requer que a Recorrente seja devidamente intimada para acostar todas as notas fiscais.

No que se refere a Infração 03 em que o Autuante aduz que a empresa Autuada recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, tal alegação não pode ser aceita, uma vez que o anexo discriminativo de apuração do débito fiscal não é possível verificar que o Agente fiscal tenha indicado qual alíquota foi aplicada pela Autuada. Além do que pela apuração realizada é possível apenas constatar um percentual de redutor e posteriormente a aplicação da alíquota de 17%, alíquota esta diferente da indicada no art. 16 da Lei nº 7.014/96 que seria 7%.

E mais não é possível constatar no demonstrativo anexo os dois pontos percentuais referente ao fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, inclusive percentual este que não deve compor a autuação, uma vez que as hipótese de incidência não se enquadram ao ramo da Recorrente.

No que tange a Infração 4 – 04.05.01 em que a Recorrente foi autuada pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, a respectiva infração não possui razão de existir, uma vez que o levantamento quantitativo realizado pelo Agente Fiscal desconsiderou que o problema do estoque iniciou no ano de 2010/2011, através do Auto de Infração nº 1085290101/15-2, com data de lavratura de 30/03/2015.

Veja Ilustres Julgadores o Auto de Infração nº 293872.0007/16-5 teve a sua lavratura em 30/05/2016, ou seja, apenas 1 ano após da autuação do Auto de Infração nº 1085290101/15-2, situação esta que demonstra que o estoque ainda não havia sido corrigido devido ao curto prazo das autuações.

A prova também que não houve uma apuração condizente com a realidade é que na infração 4 foram incluídos produtos incorretamente pela Autuante. Além disso, o Recorrente apresentou livro de apuração do ICMS das entradas e saídas do estoque, relatório das antecipações parciais e antecipações totais do ICMS, bem como resumo da antecipação paga, dentre outros mais documentos comprobatórios de que o estoque apresentado pelo Autuante não corresponde com a realidade material.

Sob a alegação de que o SPED se constituiu o conjunto de escrituração de Registro de Apuração do ICMS e que possíveis erros deveriam ser corrigidos pelo contribuinte, deixa de considerar a Junta Julgadora na informação apresentada pela Autuada de que ficou impossibilitada de corrigir os erros tendo em vista o estabelecimento já estar sofrendo fiscalização.

Já com relação ao argumento de que atender ao pedido de retificar intempestivamente os dados do estoque seria atentar contra a essência dos controles pretendidos, tal argumento não pode ser aceito, tendo em vista que a prova ocupa um lugar importante na garantia dos interesses tutelados, interferindo de forma direta no convencimento, por isso o processo administrativo sempre busca a descoberta da verdade material relativa aos fatos tributários.

Sendo assim, ao agir assim a Junta Julgadora viola o princípio da verdade material que decorre do princípio da legalidade e, também, do princípio da igualdade, pois justificar a manutenção da infração apenas sob a alegação de que a escrituração no SPED é o meio de se apurar o ICMS e que

retificar intempestivamente os dados do estoque seria atentar contra a essência dos controles pretendidos, sendo que a Recorrente apresentou documentos demonstrando que o estoque apurado pela Recorrida não correspondente com a realidade da autuação.

Sendo assim, V.Sa. fica evidente que não pode ser aceita como única prova o suposto levantamento quantitativo realizado pela Autuante, posto que foram apresentados documentos e argumentos suficientes para demonstrar que a prova apurada pela Autuante é frágil e não correspondente com a realidade material do caso em concreto.

No que se refere às multas aplicadas do Auto de Infração em questão no percentual de 60% (sessenta por cento) e 100% (cem por cento), com base no art. 42, inciso II e III da Lei nº 7.014/96 está violando o princípio do confisco.

Logo, é absolutamente inadequada e ilegal a aplicação da multa no percentual de 60% e 100%, pois revela nítido caráter confiscatório, bem como pelo fato da Recorrente. Além disso, a Recorrente sempre agiu com lisura e sempre foi cumpridor de suas obrigações fiscais.

Portanto, a aplicação da multa no percentual de 60% e 100% é totalmente ilegal e arbitrário, pois fere frontalmente a legislação, constituindo-se num total desrespeito ao princípio do confisco, além de trazer prejuízo de grande monta para a Recorrente, uma vez que atenta contra o seu patrimônio.

Em face do exposto e considerando que o já fartamente demonstrado, vem requerer ao colegiado deste CMC o que segue:

I – que seja acolhida a preliminar de nulidade do processo administrativo suscitadas pelo Autuado, uma vez que falta de informações necessárias para realização da defesa, violando assim o princípio do contraditório e da ampla defesa, devendo assim ser reconhecida a nulidade da Infração 03 – 03.02.02 de pronto;

II - Superada a preliminar, o que sinceramente não acredita a Impugnante, espera que seja declarada a TOTAL IMPROCEDÊNCIA da atuação fiscal relativa ao Auto de Infração 293872.0007/16-5, vez que destituído de qualquer fundamento fático e/ou jurídico plausível;

III – Na hipótese de não ser acolhido a total improcedência do Auto de Infração requer que seja afastada a aplicação da multa no percentual de 60% e 100%, em face de sua total ilegalidade, bem como ofensas ao princípio do não confisco, gerando enriquecimento sem causa por parte do Estado e, por fim, restrições injustificáveis ao seu patrimônio;

VOTO

De início, devo apreciar o pedido de nulidade parcial do lançamento, no caso da Infração 03 – já que o Agente fiscal não indicou qual alíquota foi aplicada pela Autuada. Que é possível apenas constatar um percentual de redutor e posteriormente a aplicação da alíquota de 17%, alíquota esta diferente da indicada no art. 16 da Lei nº 7.014/96 que seria 7%.

Que não é possível constatar no demonstrativo anexo os dois pontos percentuais referente ao fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza previsto no art. 16-A da Lei nº 7.014/96, inclusive percentual este que não deve compor a autuação, uma vez que as hipóteses de incidência não se enquadram ao ramo da Recorrente, situação esta que acaba por cercear o direito de defesa da Autuada, e assim, é nulo de pleno direito, pois o lançamento está lastreado em artigos que impossibilitam a oportunidade de defesa por parte da Recorrente.

Primeiro, quanto ao enquadramento dos artigos da Lei nº 7.014/96, ainda que estivessem totalmente fora do contexto (o que não é o caso) ainda assim, não geraria a nulidade conforme prescreve o art. 19 do RPAF, de que “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Assim, a descrição aponta que o contribuinte recolheu ICMS em razão de alíquota diversa da prevista na legislação, e os artigos citados na Lei nº 7.014 trata de todas as alíquotas aplicáveis no Estado da Bahia, a depender das mercadorias. Quanto à alíquota para erradicação da pobreza,

não houve nenhuma alíquota aplicada ao contribuinte, pois da simples leitura do artigo correspondente na Lei nº 7.014/96 fica evidenciado claramente que não se aplica ao contribuinte autuado:

Art. 16-A. As alíquotas incidentes nas operações e prestações indicadas no inciso I do art. 15, com os produtos e serviços relacionados nos incisos II, IV, V e VII do art. 16, serão adicionadas de dois pontos percentuais, cuja arrecadação será inteiramente vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza.

A simples observância dos incisos II, IV, V e VII do artigo 15 citado no artigo 16-A, da supracitada Lei nº 7.014/96 denota que são operações com armas, telefonia, etc., que não tem qualquer vinculação com os produtos que foram considerados na autuação, e se o fosse, obviamente estariam descritos e com a alíquota adicionada de 2% conforme prevê a legislação. Tenta o Recorrente tergiversar, alegando de forma absurda e irrazoável, fatos absolutamente estranhos à autuação, só por conta do conteúdo legislativo da norma violada, de forma a tentar a nulidade do processo, o que rechaço de pronto.

No caso, se o autuante aplicou uma alíquota incompatível com a legislação, deveria o Recorrente dizer qual alíquota, e qual produto. Da mesma forma é o fundo de pobreza, que é aplicado sobre determinadas operações, e se o autuante aplicasse indevidamente, deveria apontar para comprovar e se fosse o caso, este Conselho encaminhar para as devidas correções.

Tal argumento foi utilizado na impugnação inicial e rechaçado pela Junta de Julgamento. Compulsando-se o Anexo II, à fl. 30, pode se identificar por exemplo, que o primeiro item CAVALINHA ÓLEO, teve alíquota ZERO, como se isento fosse.

O autuante aplicou a alíquota de 17%, e calculou detalhadamente o imposto, depois de ter aplicado a redução de base de cálculo, obtendo-se a redução de imposto. Assim, deveria o Recorrente apontar o erro no cálculo, contudo, apegou-se à indicação do dispositivo legal, que obviamente tem conteúdo amplo, com diversas alíquotas aplicáveis, mas que o demonstrativo restringe ao caso concreto, como foi o caso do produto CAVALINHA ÓLEO, cuja alíquota é 17% e não 7%, que é indicada por exemplo para arroz, feijão, milho, etc.

Assim, estando a alíquota aplicada dentro do dispositivo legal e de acordo com o que foi descrito na infração 3 “*recolhimento a menos em razão de alíquota diversa*”, bastaria o Recorrente indicar uma alíquota equivocada quanto aos produtos que estão relacionados. O autuante no caso, aplicou a alíquota pertinente já que o Recorrente aplicou alíquota ZERO. Face ao exposto, denego o pedido de nulidade e passo ao exame de mérito do lançamento.

Inicialmente aprecio o Recurso de Ofício, em que a infração 2 (recolhimento a menos do ICMS antecipação tributária) foi reduzida do valor inicial de R\$748.695,14 para R\$659.206,99. Tal redução, conforme se comprova às fls. 395/437 da impugnação ocorreu por conta de notas fiscais canceladas e de mercadorias enviadas com fins promocionais, que foram prontamente acatadas pelo autuante. Mantida a Decisão recorrida. Infração 2 Procedente em Parte.

Na infração 4, houve apuração de omissão de saídas de mercadorias em levantamento quantitativo de estoques. Após a defesa inicial, o lançamento foi revisto, sendo mantido o valor lançado no exercício de 2012. Contudo em 2013, o autuante excluiu a mercadoria GELATINA ABACAXI ZERO SOL, COD. 192, já que o Recorrente provou que não constava das notas fiscais de entrada, havendo erro comprovado na EFD. Assim, a infração foi reduzida. Mantida a Decisão recorrida. Infração 4 procedente em parte.

Quanto ao Recurso Voluntário, na infração 1, foi feito o lançamento pelo não pagamento de diferença de alíquotas em aquisições para o ativo fixo, o Recorrente alega que as notas cobradas pela fiscalização são as 6 notas da FORD MOTOR que constam no SPED FISCAL no período de 08/2012, porém a apuração do Diferencial de Alíquota destas notas ocorreu efetivamente nos períodos de 04/2012 e 06/2012, conforme DMA e demonstrativo de cálculo da planilha em anexo. Tais argumentos e provas foram apresentados na impugnação inicial, apreciados pelo autuante na informação fiscal e ponderados pelo julgador de piso.

Consultando a escrituração anexada pela própria defesa à fl. 90, não consta qualquer lançamento de DIFAL relativo a este mês e o mesmo ocorre com o mês de junho à fl. 92. À fl. 94, consta o registro de apuração do mês de agosto no período de agosto de 2012, tendo sido lançado valor de R\$13.139,19 que foi considerado pelo autuante para cobrar a diferença do imposto.

O mês de abril de 2012, consta a apuração à fl. 90 sem qualquer lançamento de ICMS DIFAL, assim como o mês de junho à fl. 92. Juntos os registros de entradas, sem contudo apontar onde estariam os registros das notas fiscais ao longo de mais de 100 páginas de registros. A defesa não pode alegar fatos sem apontar nitidamente a prova, apenas juntando documentos para obrigar o Fisco a uma averiguação em toda a sua documentação.

Ainda assim, embora o Recorrente tenha anexado ao processo cópias de seus registros de entradas e sequer fez assinalar, ou indicou a página para conferência pelo menos do lançamento das notas fiscais, este Relator fez uma varredura nos registros de entradas dos meses citados e não encontrou registros destas notas fiscais, razão pela qual mantenho a decisão *a quo*. Infração 1 procedente.

Na infração 2, pela falta de antecipação total do ICMS em operações submetidas a este regime tributário em aquisições oriundas de outros Estados, o Recorrente diz que com relação a autuação referente a bonificações realizadas, estas não devem sofrer a incidência de ICMS. Sendo assim, os valores de bonificação não integram a base de cálculo do ICMS porque não fazem parte do valor da operação da qual decorre à saída da mercadoria da empresa.

Que bonificação é uma modalidade de desconto consistente na entrega de maior quantidade de produto vendido em vez de concessão de redução no valor da venda, de modo que o provedor das mercadorias é beneficiado com a redução do preço médio de cada produto, sem, contudo, implicar redução do preço do negócio.

Que dessa forma, a base de cálculo do ICMS não pode utilizar elementos estranhos à operação mercantil realizada, como, por exemplo, o valor intrínseco dos bens entregues por fabricante à empresa atacadista, a título de bonificação, ou seja, sem a efetiva cobrança de um preço sobre os mesmos. Percebe-se, assim, que a utilização de elementos estranhos na composição da base de cálculo do ICMS é ilegal e arbitrária, conforme planilha de notas de saídas e algumas notas fiscais exemplificativas.

Contudo, embora o Recorrente traga farta argumentação em seu favor, devo discordar. De acordo com a Lei nº 7.014/96, fonte do ICMS do Estado da Bahia, em seu art. 2º, parágrafo 1º, diz o seguinte:

§ 1º São irrelevantes para caracterização do fato gerador:

I - a natureza jurídica da operação ou prestação de serviço de que resultem quaisquer das hipóteses previstas neste artigo;

II - o título jurídico pelo qual a mercadoria ou bem esteja na posse do respectivo titular;

III - a validade jurídica da propriedade ou da posse do instrumento utilizado na prestação do serviço;

IV - o cumprimento de exigências legais, regulamentares ou administrativas, referentes às operações ou prestações;

V - o resultado financeiro obtido com a operação ou com a prestação do serviço, exceto o de comunicação.

Assim, configura-se irrelevante se na bonificação, o Recorrente deixou de obter resultados financeiros quanto a entrega bonificada de algumas mercadorias, sendo pois tributadas. Como bem frisou o Relator a quo, *em relação às mercadorias recebidas para comercialização, inclusive a título de bonificação, enquadrada no regime de substituição tributária, cabe ao dependente efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar*. Mantida a decisão de piso. Infração 2 Procedente em Parte.

A infração 3, pelo recolhimento a menos por conta de alíquota diversa nas saídas de mercadorias o Recorrente pediu a nulidade que já foi rechaçada. Não trouxe nenhuma prova de que alguma

alíquota tenha sido aplicada sem que estivesse prevista em Lei. Apenas argumentou acerca do enquadramento dos artigos correspondentes às alíquotas, como se isso fosse suficiente para trazer cerceamento à defesa. Uma vez sendo reportada a infração com alíquota diversa, está perfeitamente caracterizada a infração aos artigos citados na Lei nº 7.014/96, tendo o autuante apenas elaborado demonstrativo com a alíquota corretamente atribuída. O Recorrente não logrou apresentar erros. Mantida a Decisão recorrida. Infração 3 Procedente.

A infração 4 decorreu da constatação de omissões de saída em levantamento quantitativo de estoques. Diz que bob a alegação de que o SPED se constituiu o conjunto de escrituração de registro de apuração do ICMS e que possíveis erros deveriam ser corrigidos pelo contribuinte, deixa de considerar a Junta Julgadora na informação apresentada pela Autuada de que ficou impossibilitada de corrigir os erros tendo em vista o estabelecimento já estar sofrendo fiscalização.

Que justificar a manutenção da infração apenas sob a alegação de que a escrituração no SPED é o meio de se apurar o ICMS e que retificar intempestivamente os dados do estoque seria atentar contra a essência dos controles pretendidos, sendo que a Recorrente apresentou documentos demonstrando que o estoque apurado pela Recorrida não correspondente com a realidade da autuação.

É fato que o SPED veio a substituir a escrituração convencional, que ao seu tempo, também não se permitia correções sob fiscalização, ou seja, não é mesmo possível corrigir escrituração sob ação fiscal, a menos que o contribuinte possua outros meios de prova de suas incorreções, visto que haveria total insegurança jurídica das ações fiscais.

Assim, bastaria ao Fisco efetuar um levantamento de estoques, encontrar omissões de entrada ou saída, e o contribuinte alterar o estoque inicial ou final e ajustar os quantitativos. No caso, é virtualmente quase impossível comprovar erros em declaração de estoque de exercícios passados, visto haver simplesmente a declaração do contribuinte retificando tais estoques e há de se considerar que os estoques até então declarados gozam de fé, e aceitar retificações uma vez detectada a infração, seria instaurar completa insegurança nos procedimentos fiscais. Mantida a Decisão recorrida. Infração 4 Procedente em Parte.

Face ao exposto, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Ofício e Voluntário. Mantida a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 293872.0007/16-5, lavrado contra **LUTAN DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.001.534,32**, acrescido das multas de 60% sobre R\$723.739,62 e 100% sobre R\$277.794,70, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2017.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - RELATOR

ANA CAROLINA ISABELA MOREIRA - RPR. DA PGE/PROFIS