

PROCESSO - A. I. Nº 298942.3001/16-7
RECORRENTE - LOJAS SIMONETTI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0128-03/17
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 01/08/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C/JF Nº 0139-11/1/

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** DESTAQUE DO IMPOSTO A MAIS NO DOCUMENTO FISCAL. Irregularidade demonstrada nos autos. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Fatos comprovados nos autos. Infrações caracterizadas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** OMISSÕES DE SAÍDAS. **b)** OMISSÕES DE ENTRADAS. **c)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE ENTRADAS. **d)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. **e)** RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES DE MERCADORIAS DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Contribuinte não logra êxito em elidir a autuação. Infrações caracterizadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pelo recorrente ante o julgamento proferido pela 3ª JJF, Acórdão Nº 0128-03/17, considerando Procedente o Auto de Infração nº 298942.3001/16-7, lavrado em 21.09.2016, determinando o recolhimento do ICMS no valor original de R\$276.196,80, oriundo das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1. 01.02.05 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária nos meses de janeiro a dezembro de 2012, janeiro, fevereiro, agosto a outubro de 2013, no valor de R\$16.702,69, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 2. 01.02.41 - utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, no valor de R\$63,04, acrescido da multa de 60%, nos meses de junho, julho e outubro de 2013 e agosto de 2015;

INFRAÇÃO 3. 03.02.02 - recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de julho de 2012, agosto e novembro de 2013, no valor de R\$127.770,28, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 4. 03.02.05 - recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, no mês de agosto de 2013, no valor de R\$89,94, acrescido da multa de 60%;

INFRAÇÃO 5. 04.05.02 - falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias, em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2013 e 2014 no valor de R\$14.335,01, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 6. 04.05.05 - falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, nos anos de 2012 e 2015, no valor de R\$14.452,67, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 7. 04.05.08. - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter dado entrada em mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, desacompanhadas de documentação fiscal e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, no valor de R\$3.055,20, acrescido da multa de 100%;

INFRAÇÃO 8. 04.05.09 - falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, no valor de R\$1.314,14, acrescido de multa de 60%;

INFRAÇÃO 9. 07.01.02 - recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de janeiro de 2012 a junho e outubro de 2013, fevereiro de 2014, setembro, novembro e dezembro de 2015, no valor de R\$98.413,83, acrescido da multa de 60%;

Após analisar a peça defensiva do recorrente, fls. 380/384, e a informação fiscal do autuante, fls. 398/399, assim se pronunciou a 3ª JJF:

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir crédito fiscal relacionado ao ICMS no montante de R\$276.196,80, acrescido da multa de 60%, relativamente a 09 (nove) irregularidades, conforme descrito na inicial.

O defendente alegou que sobre as infrações relacionadas, as impugna integralmente, em todos os seus termos, eis que não ficaram claramente demonstradas pelo Auditor, o que inclusive, dificulta a sua defesa.

Analisando os elementos que compõem o presente processo, verifico que esta alegação carece de suporte fático e jurídico. Observo que o autuado não aponta objetivamente o que estaria obscuro no Auto de Infração. Conforme afirmou o autuante em sua informação fiscal, a exigência fiscal e os demonstrativos que lhe dão suporte foram elaborados com base na Escrita Fiscal Digital do próprio contribuinte (EFD) e nas notas fiscais eletrônicas constantes da base de dados da SEFAZ e por ele informadas.

Dessa forma, verifico que a composição, processamento e formalização do presente lançamento fiscal se encontram em total consonância com o RICMS/12 e com o RPAF-BA/99, ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois, a sua lavratura obedeceu ao disposto no art.39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos e demonstrativos fls.12/374 constantes nos autos, necessários à demonstração dos fatos argüídos, todos entregues cópias ao contribuinte autuado, ao qual foi concedido o prazo legal para exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Assim, afasto a nulidade suscitada, pois não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na informação fiscal, bem como, na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos, qualquer dos motivos de nulidades elencadas nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o autuado foi acusado de ter cometido as seguintes irregularidades: (i) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, infração 01; (ii) utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior no documento fiscal, infração 02; (iii) recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, infração 03; (iv) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, infração 04; (v) falta de recolhimento do imposto relativo a omissões de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado nos anos de 2013 e 2014, infração 05; (vi) falta de recolhimento do imposto constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior

expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, nos anos de 2012 e 2015, infração 06; falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter dado entrada em mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, desacompanhadas de documentação fiscal e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, infração 07; falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, nos anos de 2012 a 2015, infração 08; recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, infração 09.

O defendente não contestou objetivamente qualquer destas infrações. Não apontou equívoco ou inconsistências na apuração do ICMS exigido. Restringiu-se a negar o cometimento das mesmas. Alegou que deve ter ocorrido um erro no sistema da SEFAZ, onde as notas fiscais foram emitidas, visto que possui entendimento que a sua apuração do referido imposto estaria correta.

Constato que o autuado deixou de observar as disposições dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, no sentido de que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, assim como, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Ressalto que o sujeito passivo foi acusado de ter cometido as irregularidades lançadas na peça acusatória, e não trouxe ao PAF elementos que motivem a revisão do imposto que foi exigido mediante o Auto de Infração em exame.

Compulsando os autos, verifico que o autuado não apontou qualquer fato desconstitutivo, impeditivo ou modificativo das infrações relatadas. Apenas apresentou o entendimento de que teria apurado o imposto de forma correta, não existindo as irregularidades apuradas pelo auditor fiscal autuante.

Observe que as irregularidades foram apuradas em ação fiscal, com base nos livros e documentos fiscais do autuado (SPED) enviados ao banco de dados da SEFAZ pelo próprio contribuinte. Ao verificar qualquer inconsistência na sua escrituração fiscal é de sua inteira responsabilidade apresentar à SEFAZ, o pedido de autorização para realizar os ajustes necessários juntamente com a denúncia espontânea de impostos acaso devidos. Saliento que o autuado exerceu livremente o contraditório e a ampla defesa, não trouxe aos autos qualquer elemento que tivesse o condão de elidir estas infrações, portanto restaram devidamente caracterizados todos os itens do auto de infração. Esclareço, ainda, que não compete a este órgão julgador buscar provas de operações que estão em poder do sujeito passivo, a quem toca o ônus probandi.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformado o recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 418/421, em que apresenta suas razões recursivas visando desconstituir a imputação das infrações constantes do Auto de Infração em apreço.

Inicialmente, ao falar das RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO, o recorrente afirma que “o processo administrativo é totalmente revestido e instituído pelo princípio da legalidade”, citando como base para tanto o artigo 37 da Constituição Federal, transcrito abaixo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Em seguida, afirma que “Poder Público em suas atividades, está sempre atrelado a fazer somente o que a lei permitir, diferentemente do privado onde só poderá deixar de fazer algo se a lei proibir”, citando como corroboração ao seu raciocínio o que dispõe o RPAF, Decreto nº 7.629, de 09.07.1999:

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Fazendo comparativo entre o que dispõe o ditame legal acima e os princípios constitucionais, afirma que “o legislador baiano ao assim proceder quis assegurar ao contribuinte um tratamento justo, digno e igualitário no processo administrativo.”, para em seguida, invocar infração por infração, informando que as “impugna em todos os seus termos, eis que não ficaram claramente demonstrado pelo nobre Auditor, as infrações mencionadas que inclusive dificulta a defesa da Autuada”.

Quando aborda a Infração 01 – 01.02.05, assim se expressa:

No que tange a infração 01.02.05, onde o nobre Auditor informou que teria a Autuada utilizado indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria adquirida com pagamento de imposto por antecipação tributária, no entanto esta alegação não corrobora com as informações eis que na realidade não ocorreu qualquer utilização de crédito indevido.

Se observamos na apurações da Autuada, quando do calculo final de valor a ser pago de ICMS, esta considera o valor correto de pagamento e com isso não existe qualquer valor a ser considerado com crédito indevido.

Com isso, resta claro que em nenhum momento a Autuada comente a referida infração devendo ela ser julgamento improcedente por Vossas Excelências.

De relação à infração 03 – 03.02.02, assim se expressa o recorrente:

“No que se refere a Infração 03.02.02, onde informa que teria a Autuada Recolhido a menor o ICMS em razão da aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadoria regulamente escrita, isso não ocorreu.

O que ocorreu foi um erro no sistema, onde as notas fiscais foram emitidas de forma equivocadas, no entanto quando verificado no sped, foi constatado que os valores foram apurados corretamente, e com isso não ocorreu qualquer aplicação de alíquota diversa.

Sendo assim tal infração também deverá ser julgado totalmente improcedente.”

De relação às infrações 02 – 01.02.41; 04 – 03.02.05; 05 – 04.05.02; 06 – 01.05.05; 07 – 04.05.08; 07 – 04.05.09; e, 09 – 07.01.02, o recorrente assim se expressa:

“Quanto as demais infrações esta deverão se elididas do presente auto de infração, eis que todas elas não corroboram com a realidade do que realmente ocorreu, até porque o sistema de auditoria fiscal, não está apto a realizar as autuações pois são desatualizado, e muitas das vezes leva o Auditor fiscal a erro, e foi certamente o que ocorreu com o caso da Autuada.”

Por fim, o recorrente, “diante o exposto e por tudo que nos autos fora elucidado”, requer:

“Seja julgada improcedente todas as infrações constantes no auto 2989423001/16-4, e por fim, seja acolhida “in totum” a presente defesa, e em via de consequência seja julgado IMPROCEDENTE o Auto de infração, determinando seu arquivamento, pois as infrações são todas inexistentes, face todos os esclarecimentos acima expostos.”.

VOTO

Não existem preliminares a serem analisadas pelo que passo a analisar o Recurso Voluntário apresentado pelo recorrente.

No mérito, em suas considerações recursais o recorrente limita-se a repetir os mesmos argumentos apresentados em sua primeira peça defensiva, não apresentando qualquer fato ou documento que venha a elidir o levantamento efetuado pelo preposto autuante, limitando-se a discorrer sobre conceitos que nada lhe faz prova a favor. Não apresenta qualquer contestação legal ou argumental, não apresenta comprovações dos pagamentos que afirma dispor, enfim nada traz aos autos que venha a elidir a cobrança do tributo reclamado.

Ademais, insta ressaltar que o ônus da prova, no caso em apreço, cabe ao contribuinte, eis que este possui todos os dados contábeis passíveis de comprovar suas alegações.

Caso haja provas incontestáveis, a exemplo de que os valores foram apurados corretamente, e com isso não ocorreu qualquer aplicação de alíquota diversa, bem como o de que não se creditou dos créditos questionados, é cabível o Controle de Legalidade junto à PGE/PROFIS, com base no

art. 113, §5º, I do RPAF/99.

Desta forma, voto pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário mantendo a decisão proferida pela 3ª JJF, através o Acórdão JJF Nº 0128-03/17 que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 2989423001167.

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 para julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298942.3001/16-7**, lavrado contra **LOJAS SIMONETTI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$276.196,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$244.353,92, e 100% sobre R\$31.842,88, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”, VII “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS - RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. PGE DA PROFIS