

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0017/14-7
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO (SUPERMERCADO CUNHA)
RECORRIDOS - CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO (SUPERMERCADO CUNHA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0185-01/16
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 31/03/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0034-12/20

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Autuado comprovou que o imposto exigido referente ao mês de setembro de 2012 fora recolhido antes do início da ação fiscal. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. Restou comprovado que parte das notas fiscais arroladas na autuação não tinham como destinatário o Autuado e as demais não foram apresentadas. Infração insubsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Não foram apresentadas todas as notas fiscais arroladas na autuação e as mercadorias das que foram apresentadas não foram adquiridas para comercialização. Infração insubsistente. 4. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Alegação defensiva de que o Autuante não observou a existência de produtos sujeitos à redução da base de cálculo, assim como de que está apurando lançamentos com alíquotas maiores que as devidas, não restou comprovada após diligência efetuada, posto que as mercadorias apontadas não faziam parte do lançamento. Infração subsistente. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTADAS. Mantida a Decisão recorrida. Infração nula. 6. NULIDADE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Mantida a Decisão recorrida. Infração nula. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/12/2014, no valor de R\$922.234,99, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 - 02.01.01 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro a dezembro de 2012 e agosto a novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$255.218,57, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que o Autuado informou as DMAs zeradas, nos meses de setembro, outubro, novembro e dezembro de 2012, o mesmo procedimento foi adotado nos meses de agosto e setembro de 2013, posteriormente retificadas em outubro de 2014, ainda recolheu a menor nos meses de outubro e novembro de 2013.

Infração 02 - 06.01.01 - Deixou de recolher 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, nos meses de agosto a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$53.042,69, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada improcedente e é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que o Autuado adquiriu mercadorias oriundas de outras unidades da Federação para integrar o ativo imobilizado e não fez o pagamento da diferença do ICMS.

Infração 03 - 07.15.02 - Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, nos meses de novembro e dezembro de 2012 e janeiro, fevereiro, junho, outubro e novembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.402,24, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que o Autuado antecipou a menos ou deixou de antecipar o ICMS de mercadorias provenientes de outras unidades da federação.

Infração 04 - 02.01.03 - Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.600,16, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Consta que o Autuado, no seu processo de comercialização, tem aplicado alíquotas menores nas saídas de mercadorias tributadas.

Infração 05 - 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 por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2011, 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$360.305,81, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada nula e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 06 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2011, 2012 e 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$224.665,52, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada nula e é objeto do Recurso de Ofício.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0185-01/16 (fls. 232 a 243), com base no voto do Relator a seguir transcrito:

"Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que todas foram objeto de impugnação.

Inicialmente, cabe apreciar a preliminar de nulidade arguida pelo impugnante.

No que tange a nulidade da intimação, por certo que a providência tomada por esta Junta de Julgamento Fiscal de converter o feito em diligência, a fim de que fosse reaberto o prazo de defesa, afastou qualquer possibilidade de cerceamento do direito de defesa e do contraditório do autuado, haja vista que os documentos haviam sido devolvidos, porém, sem observância pela Fiscalização do prazo para tanto.

Assim sendo, fica afastada essa preliminar de nulidade.

Quanto à nulidade da infração 1, devido à ausência da devolução dos documentos, conforme dito acima, esse vício foi superado com a reabertura do prazo de defesa, já que os documentos haviam sido devolvidos, porém, sem observância pela Fiscalização do prazo para tanto.

Quanto à nulidade das infrações 2 e 3, por falta de apresentação das notas fiscais, impossibilitando o exercício do direito de defesa, inicialmente, cumpre consignar que se tratando de levantamento fiscal baseado em Nota Fiscal eletrônica, cabe ao contribuinte verificar se de fato adquiriu ao não a mercadoria acessando o site <http://www.sefaz.ba.gov.br>. Em caso de não ter adquirido cumpre-lhe adotar as medidas policiais e judiciais cabíveis, em face de utilização indevida do nome da empresa pelo emitente das Notas Fiscais eletrônicas, inclusive, no intuito de elidir a autuação.

Vale registrar que a jurisprudência deste CONSEF sempre apontou neste sentido, mesmo que se tratasse de Notas Fiscais coletadas no antigo Sistema de Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito (CFAMT), utilizado apenas para as notas fiscais não eletrônicas.

Importante consignar que o art. 89, §§ 16 e 17 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, expressamente determina que se constitui obrigação do contribuinte realizar essa averiguação, conforme se verifica na transcrição abaixo:

Art. 89. Do resultado da análise referida no art. 88, a Secretaria da Fazenda cientificará o emitente:

[...]

§ 16. O contribuinte deverá apresentar boletim de ocorrência referente à queixa prestada na Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública, em razão do uso indevido do nome da empresa pelo remetente, a fim de afastar a presunção prevista em lei de entrada de mercadoria no estabelecimento, quando figurar como destinatário em operação declarada em nota fiscal eletrônica, sem que tenha efetivamente adquirido a mercadoria, mas não tenha registrado o evento “desconhecimento da operação”;

§ 17. Os contribuintes deverão verificar regularmente, mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, todas as notas fiscais emitidas com destino aos seus estabelecimentos, ficando obrigados, quando for o caso, a registrarem o evento “desconhecimento da operação” no prazo de até 70 dias contados da emissão da nota no endereço eletrônico www.nfe.fazenda.gov.br, salvo em relação às mercadorias previstas no § 14 deste artigo, cujo prazo será o nele estipulado.

Saliento que, apesar de o § 16 ter sido acrescentado ao art. 89 pela Alteração nº 28, Decreto nº 15.807, de 30/12/14, DOE de 31/12/14, com efeitos a partir de 01/01/15, e o § 17 ter sido acrescentado ao art. 89 pelo Decreto nº 16.434, de 26/11/15, DOE de 27/11/15, com efeitos a partir de 01/01/16, as decisões deste CONSEF já apontavam no mesmo sentido, quando se tratava de notas fiscais coletadas no sistema CFAMT.

Portanto, mesmo as infrações 2 e 3 tendo ocorrido em período anterior a 01/01/2015, a obrigação do contribuinte era averiguar se as Notas Fiscais eletrônicas lhe foram efetivamente destinadas e, se fosse o caso, adotar as providências cabíveis, em caso de não reconhecimento do negócio com os emitentes das referidas Notas Fiscais.

Desse modo, não acolho a nulidade arguida sob este fundamento.

Relativamente às infrações 5 e 6, apesar de não acolher a nulidade arguida atinente aos arquivos magnéticos incompletos e ausência de registros de inventário, por considerar vícios passíveis de saneamento com a intimação ao contribuinte, constato que assiste razão ao impugnante quando alega que a apuração de “omissão de entradas”, foi “travestida” em “omissão de saídas”, sendo certo que são duas situações distintas, conforme artigos 4º a 8º, da Portaria 445/98, assim como na infração 6 foi cobrado ICMS a título de “aquisições de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal”, referente a mercadorias enquadradas no regime de “substituição tributária”.

De fato, conforme aduzido pelo impugnante, verifica-se no levantamento levado a efeito pela Fiscalização que foram apuradas “omissões de entradas e saídas”, nas seguintes proporções: 2011 - entradas R\$3.507.792,03 e saídas R\$262.423,76; 2012 - entradas R\$646.731,33 e saídas R\$281.590,17; 2013 - entradas R\$983.597,21 e saídas R\$456.308,79. Porém, apesar disso, a Fiscalização registra, na infração 5, cobranças a título de “omissão de saídas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal”.

É indubitoso que se trata de situações distintas.

A falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias (infração 5), diz respeito à constatação de omissão de saídas de mercadorias, isto é, a saída de mercadorias realizadas sem a emissão de nota fiscal, constituindo-se comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte. Trata-se de situação fática. Ou seja, o contribuinte realizou operações de saídas de mercadorias e não emitiu as notas fiscais correspondentes, portanto, não oferecendo à tributação tais operações, o que resulta em falta de pagamento do imposto.

Já a apuração de “omissão de entradas” diz respeito à falta de registro de entradas de mercadorias, situação na qual a exigência do pagamento do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadoria autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto. Trata-se de uma presunção legal relativa, haja vista que se apresenta como verdade, até que se prove o contrário. O ônus de provar a improcedência da presunção cabe ao contribuinte.

No caso da infração 5, a exigência fiscal erroneamente apontou “omissão de saídas” quando deveria ter exigido o imposto em decorrência da falta de registro de entradas de mercadorias, embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadoria autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto.

Efetivamente, o lançamento conforme realizado não observou as disposições da legislação do ICMS, especialmente da Portaria nº 445/98 - que versa sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

Já a infração 6 encontra-se com seguinte descrição: Falta de recolhimento do imposto, na condição de

responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

É certo que se tratando de constatação de omissão de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme o levantamento levado a efeito pela Fiscalização, cabe a exigência do ICMS devido por responsabilidade solidária e, concomitantemente, a exigência do ICMS devido por antecipação tributária, conforme disciplina a Portaria nº 445/98.

No caso da infração 6 isso não foi feito, haja vista que no Auto de Infração foi lançada apenas a exigência atinente ao imposto devido pelo autuado na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro sem documento fiscal.

Diante disso, considerando que a autuação foi feita de modo equivocado, sendo impossível dar prosseguimento a lide, pois implicaria em mudança do fulcro das imputações, as infrações 5 e 6 são nulas.

Recomendo a autoridade competente que analise a possibilidade de repetição dos atos, a salvo de falhas, conforme manda o art. 21 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF) aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

No mérito, no que tange à infração 1, constato que o ICMS a recolher apurado no mês de setembro de 2012 teve o valor de R\$36.091,79, conforme consta na cópia do livro Registro de Apuração do ICMS acostado às fls. 101/102 dos autos, tendo o autuado efetuado o pagamento com os devidos acréscimos no valor de R\$45.981,94, em 19/02/2013, conforme extrato de pagamento acostado à fl. 151 dos autos.

Dessa forma, cabe a exclusão do valor acima referido da exigência, sendo este item da autuação parcialmente subsistente no valor de ICMS devido de R\$219.126,78.

Quanto à infração 2, observo que a exigência diz respeito a dezesseis notas fiscais eletrônicas. O autuado trouxe aos autos cópias das Notas Fiscais Eletrônicas nºs 862611, 873213, 876894, 879203, 903365, 911747, 916837, 941406, 943777 e 948398, emitidas pela Portobello, comprovando que referidas notas fiscais não lhe foram destinadas, mas sim a outro cliente da referida empresa.

De fato, verifica-se que todas as notas fiscais acima referidas foram emitidas pela Portobello e têm como destinatário Jânio Neves Santos e não o autuado.

No tocante às seis notas fiscais remanescente, emitidas pelas empresas Eletrofrío, Fast Gondolas e Parexgroup, a alegação do impugnante é de que não lhe foram apresentadas pela Fiscalização e, por isso mesmo, não pode gerar qualquer obrigação.

Conforme já consignado acima, quando da apreciação da arguição de nulidade desta infração, tratando-se de levantamento fiscal baseado em Nota Fiscal eletrônica, cabe ao contribuinte verificar se de fato adquiriu ao não a mercadoria acessando o site específico, e caso de não tenha adquirido as mercadorias cumpre-lhe adotar as medidas cabíveis, em face de utilização indevida do nome da empresa pelo emitente das Notas Fiscais eletrônicas, inclusive, no intuito de elidir a autuação.

No presente caso, e apenas no presente caso, já que incumbiria ao autuado providenciar os elementos hábeis de prova no intuito de elidir a autuação, considerando que remanesceram tão somente seis notas fiscais eletrônicas, foi feita uma verificação no sistema de emissão de nota fiscal eletrônica, restando comprovado que as Notas Fiscais Eletrônicas nºs 55368, 58690 e 58728, emitidas pela Eletrofrío Refrigeração Ltda., também não foram destinadas ao autuado, mas sim a Jânio Neves Santos, portanto, descabendo a exigência quanto a estes documentos fiscais.

No que concerne às Notas Fiscais Eletrônicas nºs 44896 e 44937, emitidas pela Fast Gondolas e Equipamentos Ltda., também não foram destinadas ao autuado, mas sim a Jânio Neves Santos, portanto, descabendo a exigência quanto a estes documentos fiscais.

Por fim, quanto à Nota Fiscal Eletrônica nº 10660, emitida pela Parexgroup Argamassa Ltda., verifico que, apesar de constar do demonstrativo de fl. 55 elaborado pelo autuante, não houve exigência do imposto.

Dessa forma, a infração 2 é insubsistente.

Relativamente à infração 3, constato que o autuado não se incumbiu de comprovar o não recebimento das notas fiscais eletrônicas arroladas neste item da autuação. Apenas alegou a falta de entrega de cópia dos referidos documentos fiscais. Tal alegação não se apresenta suficiente para elidir a autuação. Cabia-lhe adotar as medidas necessárias para tanto, conforme já aduzido acima.

Diante disso, esta infração é subsistente.

No respeitante à infração 4, verifico que o autuado alega que a Fiscalização não observou a existência de produtos sujeitos à redução da base de cálculo, indicados nas citações das infrações 5 e 6, assim como está apurando lançamentos com alíquotas maiores que as devidas, o que deveria ter sido deduzido no lançamento em

lide.

Por certo que a alegação de possíveis produtos que estariam sujeitos à redução da base de cálculo deveria ser feita de forma precisa e não genérica, conforme feito. Na mencionada citação das infrações 5 e 6, o autuado apontou, como exemplo, reduções do art. 87, incisos VII, XXI, XXX, XXXI, XXXV e XXXVI. Ou seja, se são exemplos sob a sua visão ainda existem mais produtos que estariam amparados pela redução da base de cálculo. Cabia-lhe identificar todos os produtos que porventura entendesse como passíveis de redução da base de cálculo, o que não fez.

Quanto à alegação de que está apurando lançamentos com alíquotas maiores que as devidas, também não pode ser considerada, haja vista que teve tempo hábil para tanto, inclusive com a reabertura do prazo de defesa.

Assim sendo, esta infração é subsistente.

Diante do exposto, a infração 1 é parcialmente subsistente, a infração 2 insubsistente, as infrações 3 e 4 subsistentes e as infrações 5 e 6 nulas, conforme o demonstrativo abaixo:

INF.	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO	MULTA
1	PROCEDENTE EM PARTE	255.218,57	219.126,78	60%
2	IMPROCEDENTE	53.042,69	0	-----
3	PROCEDENTE	2.402,24	2.402,24	60%
4	PROCEDENTE	26.600,16	26.600,16	60%
5	NULA	360.305,81	0	-----
6	NULA	224.665,52	0	-----
TOTAL		922.234,99	248.129,18	

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

A 1ª JFJ recorreu de ofício da referida decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 256 a 258), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual, inicialmente, renovou o pedido de que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, seus legítimos representantes legais na ação administrativa.

Informou a juntada do Acórdão CJF nº 0178-11/15, apenas para reforçar a decisão da 1ª JFJ, em relação às Infrações 05 e 06, por não admitir que uma auditoria de estoques seja realizada tendo como base dados inconsistentes, sem que o Autuado tenha a oportunidade de retificação.

Alegou que deve ser julgada nula a Infração 03, pois não teve acesso às notas fiscais que dariam ensejo às obrigações, impedindo o exercício do direito de defesa, e que a 1ª JFJ apelou para as disposições dos Decretos nº 15.807/14 e 16.434/15, os quais, como registrado na própria Decisão recorrida, somente se aplicam aos fatos ocorridos a partir de 2015 e 2016, não podendo as normas serem aplicadas de forma retroativa, notadamente para impor obrigações.

Quanto à Infração 04, aduziu que a 1ª JFJ se confundiu ao dizer que a Autuada não especificou os produtos sujeitos à redução de base de cálculo, já que foram citados, ao menos, os produtos com bases reduzidas listados nos incisos VII, XXI, XXX, XXXI, XXXV e XXXVI do Art. 87 do RICMS/97.

Observou que, tratando-se de fatos ocorridos em 2011, os dispositivos citados na defesa dizem respeito a óleo de soja (inciso VII, carga tributária de 12%), leite em pó (inciso XXI, carga tributária de 7%), sal de cozinha, fubá de milho e farinha de milho (inciso XXX, 100% de redução), vinagre, charque e margarina (inciso XXXI, carga tributária de 7%), leite de gado tipo longa vida (inciso XXXV, carga tributária de 7%); e pescados (inciso XXXVI, 100% de redução), devendo, portanto, os valores serem revisados visando identificar, ao menos, a incidência “normal” sobre os produtos acima, com as devidas reduções.

Protestou pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de demonstrativos e documentos, e requereu a revisão da Infração 04, para que seja alcançada a verdade material, sendo julgada procedente em parte, com a aplicação das reduções discriminadas, a nulidade da Infração 03 e a manutenção da Decisão recorrida acerca das Infrações 01, 02, 05 e 06.

Em pauta suplementar, esta 2ª CJF converteu o processo em diligência à INFAZ ATACADO (fl. 281) para que entregasse toda a documentação que lastreia a Infração 03 e elaborar novo

demonstrativo relativo à Infração 04, excluindo as operações com os produtos com redução de base de cálculo relacionados nos incisos VII, XXI, XXX, XXXI, XXXV e XXXVI do Art. 87 do RICMS/97.

O Autuante apresentou manifestação (fls. 285 a 288), na qual afirmou que houve mero erro de capitulação da Infração 05 e que não há nenhum motivo passível para a nulidade da Infração 06, com a Decisão recorrida indo de encontro ao §1º do Art. 18 do RPAF/99. Requereu a nulidade da Decisão recorrida para que o processo retorne à 1ª JJF de forma que seja julgado o mérito da Infrações 05 e 06.

O Autuado apresentou manifestação no sentido de que o Autuante não efetuou a diligência solicitada e emitiu irregular e ilegal opinativo sobre a Decisão recorrida, pedindo que a manifestação do Autuante seja desentranhada do processo e que seja decretada a nulidade das Infrações 03 e 04 por insegurança na determinação das infrações e da apuração da base de cálculo e por cerceamento do direito de defesa (fls. 295 e 296).

Em pauta suplementar, esta 2ª CJF novamente converteu o processo em diligência à INFAZ ATACADO (fls. 303 e 304) para que entregasse toda a documentação que lastreia a Infração 03 e elaborar novo demonstrativo relativo à Infração 04, excluindo as operações com os produtos com redução de base de cálculo relacionados nos incisos VII, XXI, XXX, XXXI, XXXV e XXXVI do Art. 87 do RICMS/97.

Em nova manifestação (fls. 307 a 313), o Autuante explicou que o valor exigido na Infração 01 foi reduzido pela 1ª JJF em razão da comprovação do pagamento relativo ao mês de setembro de 2012 e que a Infração 02 foi julgada improcedente porque algumas notas fiscais não foram endereçadas ao Autuado e as demais não foram anexadas.

Em relação à Infração 03, disse que as notas fiscais foram obtidas no Sistema CFAMT, não estando mais disponíveis naquela data para o seu fornecimento, mas que encontrou a chave de acesso de 4 notas fiscais eletrônicas, cuja cópia anexou: 5377277, 5377278, 5448422 e 5501727. No tocante à Infração 04, declarou que não foram encontrados no levantamento os produtos apontados pelo Autuado que teriam redução de base de cálculo.

Efetuoou novo demonstrativo para a Infração 05, encontrando omissão de entradas nos valores de R\$253.487,78 e R\$83.710,84, nos exercícios de 2011 e 2013, respectivamente, e omissão de saídas no valor de R\$804.434,17, no exercício de 2012, após corrigir as falhas apontadas pelo Autuado, quais eram: unificação das unidades de medida das entradas e das saídas e retificação da carga tributária das mercadorias com redução de base de cálculo em 100%.

Destacou que não há previsão legal nem na Portaria nº 445/98 para a concessão de créditos fiscais não utilizados sobre as omissões de entradas de mercadorias, por estar condicionado à apresentação do documento fiscal, e que as quantidades dos estoques foram as declaradas pelo Autuado no Registro 74 do SINTEGRA.

Afirmou que, após aplicadas as retificações quanto às reduções de base de cálculo que não foram observadas na Infração 06, o valor exigido foi reduzido para R\$156.116,43, conforme demonstrativo que elaborou, sendo R\$113.416,74 para 2011, R\$1.521,32 para 2012 e R\$41.178,37 para 2013.

Ressaltou que as mercadorias objeto da Infração 06 são as enquadradas no regime de substituição tributária e independem das mercadorias omitidas na Infração 05, que são as mercadorias tributadas.

O Autuado apresentou nova manifestação (fls. 347 e 348), na qual alegou que não recebeu cópia do pedido de diligência efetuado pelo CONSEF, mesmo após petição neste sentido protocolada em 14/02/2019, mas que, pela ementa do resultado da diligência, deduziu que a mesma se refere apenas às Infrações 03 e 04, devendo ser desconsiderado tudo o que foi posto na diligência em relação às demais infrações.

Disse que as Infrações 05 e 06 foram julgadas nulas e que nova instrução de mérito provocaria supressão de instância, além do que as divergências absurdas de valores reforçam a nulidade já

decretada em razão da insegurança na apuração da base de cálculo.

Requeru que sejam aproveitadas apenas as informações relativas às Infrações 03 e 04, com o provimento parcial do Recurso Voluntário a fim de que a Infração 03 seja julgada nula, por insegurança na determinação da infração e apuração dos valores e cerceamento do direito de defesa.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra Decisão que julgou pela procedência parcial do Auto de Infração em epígrafe, sendo que o Recurso de Ofício abrange as Infrações 01, julgada procedente em parte, 02, julgada improcedente, e 05 e 06, ambas julgadas nulas, e o Recurso Voluntário se refere às Infrações 03 e 04, ambas julgadas procedentes.

Constato que o Recurso de Ofício é cabível, tendo em vista que o julgamento de 1ª instância desonerou parcialmente o presente Auto de Infração no valor de R\$1.610.375,09, conforme extrato (fl. 246), montante superior a R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, com a redação vigente à época da sua impetração.

Não merece reparo a Decisão recorrida em relação à Infração 01, tendo o valor exigido sido reduzido em razão da comprovação do pagamento relativo ao mês de setembro de 2012.

Também não merece reparo a Decisão recorrida no tocante à Infração 02, julgada improcedente porque todas as notas fiscais arroladas não foram endereçadas ao Autuado, exceto pela Nota Fiscal nº 10.600, mas que consta que não há imposto devido (fl. 55).

No caso da Infração 05, a exigência fiscal erroneamente apontou “omissão de saídas” quando deveria ter exigido o imposto em decorrência da falta de registro de entradas de mercadorias, embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto.

Além disso, os registros eletrônicos do Autuado claramente não inspiram confiança de que os valores ali consignados correspondem às suas reais operações, tanto que, após revisão, a omissão de entradas relativa ao exercício de 2012 se tornou omissão de saídas em valor muito superior ao exigido no exercício e até do valor total da Infração 05, que abrangeu três exercícios, bem como o lançamento foi realizado sem observar todas as disposições da legislação do ICMS, especialmente da Portaria nº 445/98.

Na Infração 06, foi exigido imposto não recolhido, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Em verdade, foi apurada omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, quando cabe a exigência do ICMS devido por responsabilidade solidária e, concomitantemente, a exigência do ICMS devido por antecipação tributária, conforme disciplinado na Portaria nº 445/98, o que não foi feito.

Assim como na Infração 05, os registros eletrônicos do Autuado não inspiram confiança de que os valores ali consignados correspondem às suas reais operações, gerando incerteza quanto à quantificação do seu valor.

Diante disso, mantenho a Decisão recorrida que julgou nulas as Infrações 05 e 06.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Passo agora a analisar o Recurso Voluntário.

Quanto à Infração 03, mesmo após diligência para apresentação das notas fiscais arroladas, o Autuante só acostou 4 notas fiscais, todas com a natureza da operação de Remessa de

Bonificação/Brinde, não adquiridas para comercialização e, portanto, fora da incidência do ICMS Antecipação Parcial, conforme a leitura do Art. 12-A da Lei nº 7.014/96, transcrito abaixo:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias **para fins de comercialização**, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.” (grifos nossos)*

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário para julgar improcedente a Infração 03.

No que diz respeito à Infração 04, o Autuado solicitou a exclusão das operações com os produtos com redução de base de cálculo relacionados nos incisos VII, XXI, XXX, XXXI, XXXV e XXXVI do Art. 87 do RICMS/97, contudo, após diligência, ficou comprovado que nenhum dos produtos relacionados nos demonstrativos da Infração possuía direito às reduções alegadas, no que concordou o Autuado em sua última manifestação (fls. 347 e 348).

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário em relação à Infração 04.

Sendo assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, de forma a modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE no valor de R\$245.726,94, conforme demonstrado abaixo:

Infração	Valor AI	Valor 1ª JJF	Valor 2ª CJF	Julgamento
1	255.218,57	219.126,78	219.126,78	Procedente em Parte/N.Providos
2	53.042,69	-	-	Improcedente/N.Provido
3	2.402,24	2.402,24	-	Improcedente/Provido
4	26.600,16	26.600,16	26.600,16	Procedente/N.Provido
5	360.305,81	-	-	Nula/N.Provido
6	224.665,52	-	-	Nula/N.Provido
Total	922.234,99	248.129,18	245.726,94	

Constato que não foram apresentadas novas provas até a data deste julgamento.

Ressalto que não existe qualquer óbice para que o representante legal do Autuado receba as intimações relativas a este processo. Entretanto, a falta de intimação do representante legal não se constitui em motivo para a nulidade da comunicação desde que o Autuado seja intimado nos termos do Art. 108 e seguintes do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207093.0017/14-7**, lavrado contra **CARLOS ANTÔNIO DA CUNHA CONCEIÇÃO (SUPERMERCADO CUNHA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$245.726,94**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, alíneas “a” e “f” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2020.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

LEÔNCIO OGANDO DACAL – REPR. DA PGE/PROFIS