

PROCESSO - A. I. Nº 102148.0004/10-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DURAN O SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0193-03/18
ORIGEM - INFAZ VAREJO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 04/12/2020

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0194-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE APURAÇÃO E O RECOLHIMENTO EFETUADO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Imputação elidida parcialmente, conforme comprovações dos pagamentos realizados, sendo refeitos os cálculos mediante revisão fiscal por estranho ao feito. 2. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Os cálculos foram refeitos, ficando reduzido o débito originalmente apurado. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA, MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Realizada revisão fiscal por estranho ao feito, o débito ficou reduzido. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 31/03/2010, no valor de R\$452.985,83, em razão das seguintes irregularidades, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas as Infrações 02, 03 e 08 a 10:

Infração 01 - 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de fevereiro, abril e outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.687,20, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 02 - 03.01.01 - Recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2005 e

janeiro a abril, agosto e outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$112.083,30, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 03 - 02.01.01 - Deixou de recolher nos prazos regulamentares o ICMS referente as operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$25.273,21, acrescido da multa de 50%, prevista no Art. 42, I, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 04 - 16.01.02 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de maio de 2005 e março, junho e agosto de 2006, sendo aplicada multa no valor de R\$129,60, correspondente a 1% do valor das notas fiscais não registradas, prevista no Art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 05 - 07.01.02 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89, nos meses de janeiro, fevereiro, maio e agosto a outubro de 2005 e janeiro, fevereiro, maio, junho e outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$5.676,04, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 06 - 16.01.01 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, agosto e dezembro de 2005 e junho, novembro e dezembro de 2006, sendo aplicada multa no valor de R\$882,93, correspondente a 10% do valor das notas fiscais não registradas, prevista no Art. 42, IX, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 07 - 04.05.03 - Omissão de saída de mercadorias isentas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2006, sendo aplicada multa no valor de R\$50,00, prevista no Art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 08 - 04.05.05 - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças 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 o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, nos exercícios fechados de 2005 e 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$179.907,78, acrescido da multa de 70%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 09 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS, 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 da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2005 e 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$93.326,48, acrescido da multa de 70%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 10 - 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios fechados de 2005 e 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$32.509,29, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 11 - 16.04.08 - Deixou de escriturar Livro Fiscal, no exercício de 2005, sendo aplicada multa no valor de R\$460,00, prevista no Art. 42, XV, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto do Recurso de Ofício.

Consta que não foram escrituradas no Livro de Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências as AIDFs nº 99.570.484.15.2005, de 25/07/2005, 99.620.045.19.2006, de 28/03/2006, e 99.620.221.79.2006, de 08/11/2006.

A 3ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0193-03/18 (fls. 1.453 a 1.462), com base no voto a seguir transcrito:

“De acordo com as razões de defesa, o autuado informou que em relação às infrações 01, 04, 05, 06, 07 e 11, não apresenta recurso administrativo e pede o encaminhamento do Documento de Arrecadação Estadual referente ao débito não impugnado. Dessa forma, considero procedentes os itens não contestados da autuação fiscal, considerando que não há lide a ser decidida.

O autuado requereu a nulidade das infrações impugnadas, alegando que todas foram efetuadas com base em levantamentos realizados a partir de registros constantes nos arquivos magnéticos (SINTEGRA), apresentados de acordo com o Convênio 53/93. Disse que não existe no Auto de Infração Relatório de Inconsistências que permita identificar a fidedignidade dos registros apresentados, o que levou o autuante a realizar um levantamento fictício e sem consistência legal, devendo ser reconhecida a nulidade dos itens impugnados, infrações 02, 03, 08, 09 e 10, por entender não guardarem relação com os dados verdadeiros.

Observo que de acordo com o § 1º, do art. 18 do RPAF, é admitido o saneamento do Auto de Infração no caso de eventuais incorreções ou omissão ou a não observância de exigências meramente formais, e não há necessidade de se decidir pela nulidade sempre que se tipifiquem erros decorrentes de dados numéricos e cálculos aritméticos, haja vista que tais equívocos são passíveis de correção mediante diligência fiscal.

Por determinação da Junta de Julgamento Fiscal, foram realizadas diligências fiscais saneadoras, e na última informação decorrente da revisão fiscal efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, foi informado que os cálculos foram refeitos com base nos novos arquivos magnéticos enviados pelo defendente, sendo elaborados novos demonstrativos e o defendente foi intimado quanto ao resultado da diligência fiscal realizada. Como se trata de dados que são de conhecimento do autuado, considerando que houve intimação ao defendente a tomar conhecimento da referida revisão fiscal, entendo que neste caso, cabia ao contribuinte apresentar as provas de suas alegações para elidir a totalidade da exigência fiscal, mesmo que os elementos já tivessem sido apresentados anteriormente. Trata-se de comprovação que está na posse do autuado, e a fiscalização pode verificar, em qualquer época, enquanto não extinto o prazo decadencial. Portanto, não é acatada a alegação defensiva.

O presente Auto de Infração, refere-se à exigência de ICMS e penalidade por descumprimento de obrigação acessória, conforme descrição dos fatos efetuada de forma compreensível, tendo sido indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV, do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento. Portanto, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa,

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de diligência pela ASTEC, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado mediante recibo, não foi constatado motivo para encaminhamento de diligência à ASTEC, solicitada pelo defendente.

No mérito, a infração 02 trata de recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro a dezembro de 2005; janeiro a abril, agosto e outubro de 2006.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2006.

Quanto ao argumento do autuado de que existem vícios formais no Auto de Infração, devido à incorreção na apuração do imposto exigido, considerando que em todos os meses objeto da autuação há diferenças entre o total apurado e o lançado nos livros fiscais, na diligência fiscal realizada foi informado pelo preposto fiscal estranho ao feito, que embora o defendente não tenha apresentado a comprovação do pagamento do imposto apurado no levantamento fiscal (fls. 1198/1199), considerando as ponderações da defesa em relação às inconsistências existentes nos arquivos magnéticos enviados ao SINTEGRA (fls. 1323), foi realizado novo levantamento da conta corrente do ICMS, com base nos valores efetivamente consignados nos livros fiscais do contribuinte e nos valores recolhidos constantes da base de dados da SEFAZ, apurando os débitos indicados nas planilhas (fls. 1338/1342), e demonstrativo de débito às fls. 1333/1334 dos autos.

Vale ressaltar, que embora tenha impugnado a exigência fiscal pedindo a nulidade e improcedência do presente lançamento, o autuado não apresentou qualquer comprovação de que recolheu o imposto exigido nesta infração. O defendente foi intimado quanto ao resultado da mencionada revisão, e não apresentou qualquer manifestação no prazo concedido.

Acato as conclusões da revisão efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, e concluo que subsistem parcialmente as infrações 02 e 03, sendo devido o imposto apurado, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo de débito às fls. 1333/1334.

INFRAÇÃO	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
2	31/05/2005	09/06/2005	12.782,29
2	31/12/2005	09/01/2006	6.781,74
2	31/01/2006	09/02/2006	12.687,69
2	28/02/2006	09/03/2006	9.279,02
2	31/08/2006	09/09/2006	1.721,32
2	31/10/2006	09/11/2006	7.861,09
TOTAL DA INFRAÇÃO 02			51.113,15
3	30/11/2006	09/12/2006	14.656,26

3	31/12/2006	09/01/2007	395,13
TOTAL DA INFRAÇÃO 03			15.051,39

Os itens 8, 9, e 10 do Auto de Infração são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, sendo constatadas diferenças quantitativas de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto e multa relativamente às diferenças encontradas.

Infração 08: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2005 e 2006.

Infração 09: Falta de recolhimento do ICMS, 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 da substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006.

Infração 10: Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de Margem de Valor Adicionado, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurado mediante levantamento de estoques nos exercícios de 2005 e 2006.

Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (infrações 09 e 10).

Estes itens também foram objeto de revisão fiscal realizada por estranho ao feito, em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal. Foi informado que após os testes de consistência, comparando os dados informados com os documentos fiscais constantes no PAF, foi concluído que os mesmos poderiam ser utilizados no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Também foram refeitos agrupamentos das mercadorias, conforme padronização e características técnicas descritas nas tabelas anexadas pelo defendente (fls. 1285/1286 e 1321/1322), e em relação aos estoques de mercadorias, foram utilizadas as quantidades constantes no livro Registro de Inventário apresentado à época da fiscalização (fls. 683/684). Apurando novos valores do imposto devido, foram elaboradas novas planilhas às fls. 1343/1434, e CD contendo arquivos eletrônicos à fl. 1435 dos autos.

O defendente foi intimado quanto ao resultado da mencionada revisão fiscal, conforme fls. 1445 a 1448, com a concessão do prazo de dez dias para se manifestar. Decorrido o prazo concedido, o autuado não apresentou qualquer manifestação.

Acatando os novos demonstrativos elaborados pela revisão fiscal, concluo pela subsistência parcial destas infrações, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo de débito à fl. 1334.

INFRAÇÃO	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$
8	31/12/2005	09/01/2006	111.210,77
8	31/12/2006	09/01/2007	19.773,87
TOTAL DA INFRAÇÃO 08			130.984,64
9	31/12/2005	09/01/2006	32.195,78
9	31/12/2006	09/01/2007	28.766,13
TOTAL DA INFRAÇÃO 09			60.961,91
10	31/12/2005	09/01/2006	11.298,20
10	31/12/2006	09/01/2007	10.089,62
TOTAL DA INFRAÇÃO 10			21.387,82

Face ao exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE	2.687,20	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	51.113,15	-
03	PROCEDENTE EM PARTE	15.051,39	-
04	PROCEDENTE	-	129,60
05	PROCEDENTE	5.676,04	-
06	PROCEDENTE	-	882,93
07	PROCEDENTE	-	50,00
08	PROCEDENTE EM PARTE	130.984,64	-
09	PROCEDENTE EM PARTE	60.961,91	-
10	PROCEDENTE EM PARTE	21.387,82	-
11	PROCEDENTE	-	460,00
TOTAL	-	287.862,15	1.522,53

A 3ª JJF 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.

Presente na sessão de videoconferência o autuante do PAF, Sr. Marcos Venícius B. Magalhães.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de 11 infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício apenas as Infrações 02, 03 e 08 a 10, todas julgadas parcialmente 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\$487.836,01, conforme extrato (fl. 1.464), montante superior a R\$200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

No tocante às Infrações 02 e 03, relativas, respectivamente, ao recolhimento a menor e à falta de recolhimento do ICMS referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, a desoneração decorreu do refazimento da conta corrente do ICMS, em sede de diligência efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, sendo elaborados novos demonstrativos (fls. 1.331 a 1.342), levando em conta os valores efetivamente consignados nos livros fiscais e nos valores arrecadados constantes nas bases de dados desta SEFAZ/BA, após ponderações do Autuado quanto às inconsistências nos arquivos magnéticos do SINTEGRA.

Também as Infrações 08 a 10, todas relativas à auditoria de estoques, foram objeto de diligência efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, comparando os dados dos arquivos magnéticos apresentados pelo Autuado com os documentos fiscais anexados, corrigindo distorções no que tange às codificações e associações de mercadorias, bem como em relação à padronização de unidades, conforme as ponderações do Autuado, sendo elaborados novos demonstrativos (fls. 1.343 a 1.434 e 1.435 – CD).

Considerando que todas as desonerações decorreram de refazimento dos demonstrativos, embasados nos documentos e livros fiscais do Autuado, matéria eminentemente fática, atestada por Auditor Fiscal estranho ao feito, não há razão para modificação da Decisão recorrida.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **102148.0004/10-0**, lavrado contra **DURAN O SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$287.862,15**, acrescido das multas de 50% sobre R\$15.051,39, 60% sobre R\$80.864,21 e 70% sobre R\$191.946,55, previstas no Art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.522,53**, previstas nos incisos IX, XI, XV, “d” e XXII do mesmo diploma legal, todas alteradas pela Lei nº 8.532/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 03 de agosto de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS