

PROCESSO - A. I. N° 272041.0455/15-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e A N G SUPERMERCADOS LTDA. - ME
RECORRIDOS - A N G SUPERMERCADOS LTDA. - ME e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 2^a JJF nº 0054-02/18
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 08/12/2020

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0233-12/20-VD

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. PAGAMENTO A MENOS. **a)** BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. **b)** MATERIAIS DE USO E CONSUMO. Infrações parcialmente caracterizadas. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. 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. Efetuadas correções no cálculo do imposto. Infrações 03 e 04 subsistentes em parte. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, mediante levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto calculado sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AQUISIÇÕES DE BENS DO ATIVO IMOBILIZADO. UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO PERMITIDO PELA LEGISLAÇÃO. Infração não contestada. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. DIVERGÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS FISCAIS E OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Efetuadas correções no cálculo do imposto devido. Infração parcialmente caracterizada. Afastadas as preliminares de nulidade. 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 21/12/2015, no valor de R\$679.410,55, em razão de 7 irregularidades descritas a seguir:

Infração 01 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de outubro e novembro de 2013 e janeiro, maio, agosto, setembro e novembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.835,87, 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.

Infração 02 - 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro, fevereiro, novembro e dezembro de 2013 e janeiro a julho e outubro a dezembro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$3.260,76, 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.

Infração 03 - 04.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, 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 estoques nos exercícios fechados de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$239.182,03, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente em parte e é objeto de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 04 - 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 percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadoria 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 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$48.571,46, 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 de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 05 - 04.05.05 - Falta de recolhimento do ICMS 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 saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas nos mesmos exercícios de 2013 e 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$194.347,01, acrescido da multa de 100%, prevista no Art. 42, III, da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e é objeto do Recurso Voluntário.

Infração 06 - 01.03.12 - Utilizou crédito fiscal de ICMS relativo a entrada de bem do ativo imobilizado, apropriando-se de valor superior ao permitido pela legislação, nos meses de janeiro e março a julho de 2013 e fevereiro de 2014, sendo exigido ICMS no valor de R\$61,86, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "f", da Lei nº 7.014/96. Infração foi julgada procedente e não é objeto de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário.

Infração 07 - 03.01.04 - Recolheu a menor ICMS, em função de divergência entre o valor do imposto recolhido e o valor informado em documentos e livros fiscais, em declarações econômico-fiscais e/ou arquivos eletrônicos, nos meses de janeiro a dezembro de 2013, sendo exigido ICMS no valor de R\$190.151,56, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, "b", da Lei nº 7.014/96. Infração julgada foi procedente em parte e é objeto apenas do Recurso de Ofício.

A 2ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0054-02/18 (fls. 2.438 a 2.447), com base no voto do Relator a seguir transcrita:

"Conforme já relatado, o Auto de Infração em epígrafe trata de falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais (Infrações 01 e 02), de falta de recolhimento de ICMS apurado mediante levantamento quantitativo de estoque (Infrações 03, 04 e 05), de utilização de crédito fiscal a mais que o permitido na legislação relativamente a aquisição de bem do ativo imobilizado (Infração 06) e de recolhimento a menos de ICMS em razão de divergência entre o valor do imposto recolhido e o informado (Infração 07).

Foi arguida a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o autuante não observou a previsão para a intimação para correção de erros nos arquivos do SINTEGRA, DMA e SPED-Fiscal, afrontando, assim, o disposto nos artigos 333, 708-A e 708-B do RICMS-BA/97.

O autuado é usuário do Sistema PÚBLICO de Escrituração Digital (SPED), com base na Escrituração Fiscal Digital (EFD), conforme dados transmitidos eletronicamente, pelo contribuinte, à base de dados da Secretaria da Fazenda. Nos termos do art. 247 do RICMS-BA/12, 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. Prevê o §1º desse citado dispositivo regulamentar que a EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais previstos na legislação tributária.

Quanto aos arquivos do SINTEGRA (Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços), previstos no Convênio ICMS 57/95, há que se salientar que a utilização da EFD dispensa os contribuintes da entrega desses citados arquivos a partir de 1º de janeiro de 2012, nos termos do art. 253 do RICMS-BA/12. Considerando que as infrações tratadas no presente lançamento são posteriores a essa referida data, cai por terra a tese de que o autuado deveria ser intimado para corrigir os arquivos magnéticos, no prazo de trinta dias, nos termos dos artigos 708-A e 708-B, do RICMS-BA/97.

Prevê o disposto no §1º, inc. I, do art. 255 do RICMS-BA/12, que na Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA) serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, devendo **constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS**, (grifo não do original). Além disso, há que ressaltar que nos termos do art. 215 do RICMS-BA/12, a escrituração dos livros fiscais será feita com base nos documentos relativos às operações ou prestações realizadas pelo contribuinte, sob sua exclusiva responsabilidade. Considerando que, tanto a EFD quanto a DMA tratam de informações de responsabilidade exclusiva do contribuinte e derivadas da mesma fonte e origem, não há como se justificar a alegada existência de dados divergentes a EFD e a DMA, bem como não se sustenta o argumento de que, na ação fiscal, teriam sido consideradas apenas as informações da EFD. Além disso, há que se ressaltar que o §7º da cláusula décima terceira do Ajuste SINIEF 02/09 estabelece que a EFD não poderá ser retificada quando se referir a período de apuração que já tenha sido submetido ou esteja sob ação fiscal.

O defendente alega que a legislação deverá ser interpretada de forma mais favorável ao contribuinte na hipótese de existir dúvida quanto ao disposto nos artigos 333, 708-A e 708-B do RICMS-BA/97. Todavia, não há como se aplicar ao caso em tela esse princípio previsto no art. 112 do CTN, pois, conforme o acima exposto, não há dúvida que justifique a utilização do referido princípio, especialmente quando se observa que esses dispositivos legais vigeram até 31/03/12, ao passo que o Auto de Infração trata de fatos ocorridos nos exercícios de 2013 e 2014.

Em face ao acima exposto, ultrapasso essa arguição de nulidade.

Foi suscitada a nulidade do Auto de Infração, por afronta ao princípio do devido processo legal, tendo em vista que lhe foi aplicada multa com base em Auto de Infração parcialmente nulo. Diz que o autuante não analisou, por outros meios, as informações enviadas pelo SINTEGRA.

No que tange à alegada falta de análise, por outros meios, das informações enviadas pelo SINTEGRA, conforme já foi dito na apreciação da preliminar anterior as infrações objeto deste lançamento foram apuradas com base na Escrituração Fiscal Digital apresentada pelo autuado. Nos termos do §1º do art. 247 do RICMS-BA/12, essa EFD substitui a escrituração e impressão dos livros fiscais Registro de Entradas, Registro de Saídas, Registro de Inventário, Registro de Apuração de ICMS, Controle de Crédito de ICMS do Ativo Permanente e Registro de Controle da Produção e do Estoque. Dessa forma, essa EFD contém elementos suficientes para respaldar a apuração dos valores que foram objeto do Auto de Infração.

Por sua vez, a análise dos dados informados nas DMAs deve levar às mesmas conclusões que foram obtidas da EFD, pois as informações constantes nas DMAs devem constituir um resumo e exato reflexo dos lançamentos feitos nos livros Registros de Entradas, Registros de Saídas e Registro de Apuração de ICMS. Assim, não há como se alegar que uma eventual inobservância das DMAs traria insegurança na determinação das infrações. Ademais, há que se ressaltar que o defendente alegou a existência de divergências entre a sua EFD e as DMAs, porém tal fato não restou demonstrado nos autos.

Relativamente aos arquivos do SINTEGRA previstos no Conv. 57/95, o argumento defensivo não procede, pois os contribuintes obrigados a apresentar a EFD ficaram dispensados da apresentação dos arquivos SINTEGRA desde 1º de janeiro de 2012.

Em face ao acima exposto, também afasto essas arguições de nulidade e, em seguida, passo a analisar o mérito da lide.

Trata a Infração 01 da falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais nas aquisições destinadas ao ativo imobilizado do próprio estabelecimento. Em sua defesa, o autuado impugna a exigência relativamente aos meses de outubro e novembro de 2013, sob o argumento de que os débitos de R\$ 93,50 e R\$ 118,34 estão inclusos nos montantes de R\$ 253,75 e R\$ 446,76, respectivamente, lançados no campo “Outros Débitos” do Registro de Apuração de ICMS, conforme as DMAs acostadas aos autos.

Não há como se acolher essa tese defensiva, pois o defendente não apresentou qualquer comprovação de que os valores exigidos nos meses de outubro e novembro de 2013 estão incluídos nos montantes informados no Registro de Apuração de ICMS, campo “Outros Débitos”. A DMA, por ser um resumo de dados constantes no livro Registro de Apuração de ICMS, não permite que se saiba quais as parcelas que foram lançadas a título de “Outros Débitos”.

Para elidir a autuação quanto à parte impugnada, o defendente deveria ter trazido aos autos a demonstração de que parcelas lançadas no campo “Outros Débitos” do seu livro Registro de Apuração de ICMS eram referentes

ao pagamento da diferença de alíquota impugnada. Mesmo sendo o processo convertido em diligência, o autuado não apresentou qualquer elemento capaz de provar o quanto alegado. Dessa forma, por falta de prova que dê respaldo ao argumento defensivo, a Infração 01 subsiste em sua totalidade.

Cuida a Infração 02 da falta de recolhimento de diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Na defesa, o autuado se limita a pedir que sejam acatadas as nulidades arguidas, de modo que “seja considerado o valor de R\$ 2.179,56 (dois mil cento e setenta e nove reais e seis centavos), e reconhecendo um valor da infração de R\$ 1.081,20”, conforme demonstrativo de débito que apresenta. Em pronunciamento posterior, diz que lança a diferença de alíquota no RAICMS, conforme DMA que apresenta.

As nulidades arguidas na defesa já foram afastadas neste voto e, portanto, não se mostram capazes de modificar os valores exigidos na infração em tela. Não há como se acolher a alegação defensiva de que a título de diferença de alíquota exigida estava incluída no montante lançado no campo “Outros Débitos” do Registro de Apuração de ICMS, pois, conforme já demonstrado na Infração 01, o autuado não trouxe ao processo qualquer comprovação de essa sua tese. A DMA, por si só, não permite que se saiba quais as parcelas que foram lançadas em “Outros Débitos”. Além disso, nas DMAs trazidas na defesa não consta qualquer valor recolhido a título de diferença de alíquota, bem como essas DMAs apresentam rasuras. Assim, por falta de prova que respalde a tese da defesa, a Infração 02 resta caracterizada e, portanto, é devido o valor lançado.

As Infrações 03 e 04 tratam de falta de recolhimento de ICMS devido, respectivamente, por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, pela constatação da ocorrência de omissões de operações de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2013 e 2014.

Ao se examinar os demonstrativos de fls. 09/14, observa-se que no levantamento quantitativo de estoque realizado pelo autuante foi efetuado empregando a metodologia usualmente utilizada em estabelecimentos comerciais.

Visando elidir essas duas infrações, o autuado alega que houve mero erro sem a intenção de fraude. Diz que toda a apuração foi feita corretamente e o imposto já foi pago por antecipação tributária quando da compra da matéria-prima usada para fabricação dos produtos de panificação que relaciona e, como prova, acosta aos autos as notas fiscais de compras da matéria-prima usada para fabricação desses citados produtos.

De plano, cabe ressaltar que a alegação de que houve mero erro de operação sem intenção de fraude não restou demonstrada na defesa e, além disso, a ausência de dolo não é capaz de elidir as omissões de operações apuradas mediante levantamento quantitativo.

Objetivando a busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência para auditor fiscal estranho ao feito verificasse, in loco, se o autuado efetivamente produzia algumas das diversas espécies de pães e bolos citados na defesa e incluídos no levantamento e, caso positivo, fossem efetuadas as retificações nas infrações em tela.

O auditor fiscal designado para cumprir a diligência afirmou ter constatado que são de fabricação própria do autuado os produtos que relacionou à fl. 2.424, tendo excluído das Infrações 03 e 04 os débitos correspondentes a esses produtos. Notificado acerca do resultado da diligência, o autuado manifestou a sua concordância com o trabalho realizado.

Acato o resultado da diligência, pois constado que os produtos relacionados no demonstrativo de fls. 2.424 são de fabricação do próprio autuado, não há como se cobrar imposto sobre a omissão de entrada utilizando um roteiro de levantamento quantitativo de estoque típico de uma empresa comercial, como aconteceu no caso em tela.

Conforme a diligência efetuada, nos levantamentos quantitativos restaram caracterizadas, porém em montantes menores que os originais, omissões de entradas de produtos enquadrados no regime de substituição tributária. Sobre essas omissões remanescentes, deve ser exigido 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 (Infração 03), além do imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido (Infração 04).

Dessa forma, as Infrações 03 e 04 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$ 118.834,88 e R\$ 24.420,22, conforme apurado na diligência e demonstrativo à fl. 2.422.

Na Infração 05, o autuado foi acusado de ter omitido operações de entradas e de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios fechados de 2.013 e 2.014, tendo sido exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária - o das omissões de entradas -, com base na presunção legal de que ao omitir essas entradas, o autuado efetuou o pagamento dessas aquisições com recursos provenientes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Em sua defesa, o autuado afirma que: não adquire mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal; todas as notas fiscais de entradas de mercadorias foram lançadas no SPED FISCAL; a única maneira que

possui para provar o equívoco do autuante é mediante os relatórios gerenciais da empresa.

Para elidir a infração em tela, deveria o defendente indicar e apresentar as notas fiscais que não teriam sido consideradas pelo autuante no levantamento quantitativo de estoques, o que não foi feito. A alegação de que todas as aquisições efetuadas foram amparadas por notas fiscais não se mostra capaz de modificar o levantamento quantitativo realizado pelo autuante, pois, nos termos do art. 143 do RPAF-BA/99, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o contribuinte de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Os relatórios gerenciais apresentados na defesa não são elementos hábeis para comprovar a veracidade do argumento defensivo. Para elidir total ou parcialmente a infração em tela, o defendente deveria ter comprovado suas alegações com os competentes livros e documentos fiscais, o que não foi feito. Esses relatórios gerenciais, como foi bem destacado na informação fiscal, servem apenas para fins de controle interno da empresa.

Tendo em vista que o defendente não traz aos autos qualquer elemento capaz de modificar o que foi apurado no levantamento quantitativo de estoque, a Infração 05 subsiste em sua totalidade.

O autuado não se defendeu do que fora acusado na Infração 06. Dessa forma, em relação a esse item do lançamento não há lide e, portanto, a Infração 06 é subsistente.

Quanto à infração 07, na qual se exige o ICMS de R\$190.151,56 em decorrência de divergência entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. O autuado assevera que fez toda a sua apuração e recolhimento do ICMS declarado nas DMAs e Apuração de ICMS, conforme documentos anexados aos autos. O autuante acolheu parcialmente a tese da defensiva e refez a apuração do imposto considerando os novos elementos trazidos na defesa, tendo o valor devido passado de R\$ 190.151,56 para R\$ 6.284,87.

Acato o resultado da informação fiscal, tendo em vista que a apuração do imposto devido foi refeita pelo próprio auditor fiscal que lavrou o Auto de Infração e que as DMAs acostadas ao processo na defesa comprovam a veracidade da alegação defensiva.

O defendente alega que o autuante não considerou os recolhimentos efetuados a mais em determinados meses, porém esse argumento não se sustenta, pois o levantamento fiscal realizado não se trata de refazimento da conta corrente fiscal do contribuinte. Eventuais recolhimentos efetuados a mais devem ser objeto de pedido de restituição, após a devida comprovação da ocorrência do indébito.

Desse modo, a Infração 07 é procedente em parte no valor de R\$ 6.284,87, sendo: R\$ 3.150,81 em fev/13; R\$ 3.038,78 em mar/13; R\$ 95,28 em jun/13.

O autuado também afirma que não teve a intenção, interesse ou vontade de fraudar ou se beneficiar de tal ação. Todavia, há que se observar que, nos termos do art. 136 do CTN, a responsabilidade por infrações da legislação tributária independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade do ato.

Por fim, no tocante ao alegado caráter confiscatório das multas aplicadas, há de se registrar que tais penalidades são as previstas aos casos concretos, conforme incisos do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, falecendo competência a este Colegiado a declaração de inconstitucionalidade e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, conforme previsto no art. 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 351.045,47, conforme a tabela apresentada a seguir, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

Infração	A. Infração	Julgamento	Devido
1	3.835,87	Procedente	3.835,87
2	3.260,76	Procedente	3.260,76
3	239.182,03	Proc. Parte	118.834,88
4	48.571,46	Proc. Parte	24.420,22
5	194.347,01	Procedente	194.347,01
6	61,86	Procedente	61,86
7	190.151,56	Proc. Parte	6.284,87
TOTAL	679.410,55	--	351.045,47

A 2ª 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.

O Autuado apresentou Recurso Voluntário (fls. 2.469 a 2.477), nos termos do Art. 169, I, “b” do RPAF/99, no qual afirmou que em 2015, antes da conclusão da ação fiscal, retificou todos os seus arquivos EFD ICMS/IPI, porque obrigado a apresentá-los (Art. 248 do RICMS/12), conforme recibos que anexou, que substituem os livros fiscais, conforme o Art. 247 do RICMS/12, e dispensam a apresentação do SINTEGRA desde o exercício de 2012.

Alegou que o Autuante estaria vinculado a fundamentar seus levantamentos na EFD e que somente esta poderia ser utilizada como instrumento de prova, já que a “velha escrituração” e os “antigos arquivos magnéticos” deixaram de existir, devendo ser desconsiderados, tendo oferecido à tributação valores a título de diferença de alíquotas, lançadas a débito no registro E111 da EFD, nos meses em que o fisco exige o pagamento, restando devidos apenas os valores de R\$3.471,63 e R\$1.214,12, respectivamente, para as Infrações 01 e 02, conforme tabelas que acostou.

Em relação às Infrações 03, 04 e 05, disse que foi lançado imposto sobre supostas irregularidades encontradas em levantamento quantitativo de estoques, realizados na movimentação dos exercícios de 2013 e 2014, sendo que foram excluídos, mediante diligência promovida pela 2ª JJF, os produtos de fabricação própria contidos nas Infrações 03 e 04, mas ficou caracterizado flagrante cerceamento do direito de defesa além de incontáveis violações ao postulado do devido processo legal, a seguir:

- a) O diligente determinou que fosse intimada a empresa autuada, concedendo-lhe prazo razoável para a apresentação de documentos (fls. 2.417 e 2.418), mas não consta no processo tal intimação;
- b) Em 18/09/2017, o contador da empresa solicitou ao preposto fiscal um prazo de 30 (trinta) dias para atender a diligência - que havia sido remetida pela ASTEC em 14/08/2017 para a Inspetoria, mas não temos conhecimento de intimação feita ao contador, que sequer tem procuração para receber intimações fiscais;
- c) A resposta à diligencia foi feita em 28/09/2017 (fl. 2.422), em documento em que o Diligente afirma ter efetuado a intimação, mas não foi anexada prova da intimação.
- d) A empresa não foi cientificada do resultado da diligência, mesmo sendo garantido expressamente na legislação seu direito de manifestar sobre o resultado em nova violação ao contraditório.

Sustentou ter sido surpreendido, quando da ciência do julgamento, com a redução feita nos valores atribuídos às Infrações 03 e 04, o que trouxe à tona as falhas na sua ciência bem como na preparação do processo que, assim, foi pautado e julgado, ficando caracterizado o cerceamento de defesa.

Observou ainda que as Infrações 03 e 04 não podem prosperar por falta de amparo na Portaria nº 445/98, que normatiza a forma de realização do roteiro de auditoria, determinação da ocorrência do fato gerador, da base de cálculo, da alíquota incidente e do imposto a ser exigido, já que os seus Art. 9º e 10 não tratam de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, como ocorreu o levantamento, mas apenas de exercício aberto, não autorizando a cobrança do imposto por solidariedade, além do imposto por antecipação tributária.

Acrescentou que não foi constatada a saída sem tributação de forma inequívoca devido à inconsistência do levantamento quantitativo, razão pela qual requereu o cancelamento das penalidades, nos termos do Art. 112, II do CTN, conforme decisões de outros conselhos estaduais que acostou.

Quanto à Infração 05, argumentou que a defesa não pode ser feita na sua plenitude porque não foram apresentados todos os demonstrativos necessários à compreensão do levantamento, a saber:

- a) Relação das Entradas de mercadorias, identificadas por nota fiscal, código e discriminação;
- b) Relação das Saídas de mercadorias, identificadas por documento fiscal, código e discriminação;
- c) Demonstrativo de apuração do preço médio;
- d) Demonstrativo de cálculo das omissões, onde fique demonstrada a movimentação a partir do estoque inicial, mais as entradas, menos o estoque final e menos as saídas com notas fiscais, de todas as mercadorias.

Destacou que foram escolhidas para compor o demonstrativo somente as mercadorias que apresentaram omissão de entradas, não sendo identificadas quaisquer mercadorias cuja movimentação apresentasse omissão de saídas, por falta do demonstrativo próprio, tendo sido entregues quando da ciência do auto, em meio magnético, apenas os mesmos demonstrativos que se encontram fisicamente anexados ao processo, a exemplo do exercício de 2013 (fls. 14 a 267): “EstqDemonst_OmissEntr2013nãoantecipadas.xlsx” e “OmissãoEntradas2014autuaçãonãoantecipadas.xls”.

Confessou que falhou na falta de consideração desses detalhes legais em sua Defesa, mas que roga neste momento recursal pela consideração dos princípios que regem o RPAF/99, em seu Art. 2º, que não foram observados em qualquer etapa da preparação do processo, conforme determina o referido dispositivo.

Declarou que com certeza não apresenta tamanha irregularidade na movimentação de suas mercadorias e no controle de seus estoques e que várias são as falhas na preparação do processo que levaram também ao impedimento de uma defesa mais consistente, não havendo registro se:

- a) os arquivos apresentados no mês de setembro de 2015, anteriores às intimações para apresentação e para retificação dos arquivos digitais (fls. 08 e 2.376 a 2.378), foram os utilizados nos levantamentos;
- b) havia alguma retificação a ser feita que não foi; e,
- c) o levantamento foi feito levando em consideração todos os documentos.

Asseverou que reconheceu como devidos os valores julgados para as Infrações 06 e 07, em razão do baixo valor e do acolhimento da tese defensiva pelo julgamento de piso, respectivamente.

Requeru a nulidade das Infrações 03, 04 e 05, e a procedência parcial das Infrações 01 e 02, com a manutenção dos valores julgados relativos às Infrações 06 e 07.

Fez presente o procurador, na sessão de videoconferência, Sr. Anselmo Leite Brum para fazer sustentação oral dos fatos da recorrente.

VOTO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos contra Decisão que julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de sete infrações, sendo objeto do Recurso de Ofício as Infrações 03, 04 e 07, e do Recurso Voluntário as Infrações 01 a 05.

Constatou 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 histórico de R\$729.611,58, conforme extrato (fl. 2.449), montante superior a R\$100.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99, com a redação vigente à época.

A desoneração nas Infrações 03 e 04, decorreu da constatação de que diversas mercadorias não deveriam constar do levantamento em que foram apuradas as omissões de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, pois foram produzidas pelo estabelecimento, que se baseou apenas em estoque, entradas e saídas, sem levar em conta nenhum índice de produção.

Após diligência efetuada por Auditor Fiscal estranho ao feito, restou verificado que o Autuado possuía razão em relação à exclusão das referidas mercadorias, tendo ambas as infrações sido reduzidas no montante pleiteado na peça defensiva, as quais foram acatadas pela Decisão recorrida.

Portanto, não merece reparo a Decisão recorrida, quanto às Infrações 03 e 04, já que efetivamente ocorreu um equívoco da autuação em relação a estes itens.

No tocante à Infração 07, o Autuado demonstrou que havia declarado sua apuração em suas DMAs, tendo o Autuante acatado os argumentos constantes da peça defensiva em sua Informação Fiscal, reduzindo o valor exigido, o que foi mantido pela Decisão recorrida.

Assim, também não merece reparo a Decisão recorrida quanto à Infração 07.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

No Recurso Voluntário, o Autuado suscitou a nulidade das Infrações 03, 04 e 05, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa e de incontáveis violações ao postulado do devido processo legal.

Observo que foi efetuado o parcelamento integral do valor julgado na Decisão recorrida, em relação às Infrações 03 e 04.

De qualquer forma, não assiste razão ao Autuado nos seus questionamentos, os quais não se coadunam com a realidade dos fatos.

Questionou não estar acostada aos autos a intimação determinada na diligência requerida pela 2ª JJJF, que não tem conhecimento de intimação feita ao contador, que o contador sequer tem procuração para receber intimações fiscais, que não foi cientificado do resultado da diligência e que foi surpreendido, quando da ciência do julgamento, com a redução feita nos valores atribuídos às Infrações 03 e 04.

Ressalto que a referida intimação se refere apenas às Infrações 01 e 02, e foi efetuada à contadora do Autuado, que solicitou prorrogação do prazo e cuja carta de preposição para representar o Autuado junto à SEFAZ, consta nos autos (fl. 2.416), e foi quem forneceu a documentação e recebeu todas as intimações direcionadas ao Autuado, inclusive a que constava o resultado da diligência (fl. 2.426).

O Autuado tanto teve conhecimento do resultado da diligência, que elogiou o trabalho realizado (fl. 2.428), não sendo verdade que foi surpreendido pela redução dos valores promovida na Decisão *a quo*.

Também sustentou que as Infrações 03 e 04 não podem prosperar, por falta de amparo na Portaria nº 445/98, já que os seus Art. 9º e 10, não tratam de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, como ocorreu o levantamento, mas apenas de exercício aberto, não autorizando a cobrança do imposto por solidariedade, além do imposto por antecipação tributária.

Acrescentou que não foi constatada a saída sem tributação de forma inequívoca, devido à inconsistência do levantamento quantitativo, razão pela qual, requereu o cancelamento das penalidades, nos termos do Art. 112, II do CTN, conforme decisões de outros conselhos estaduais que acostou.

Há uma equivocada interpretação do Art. 10 da Portaria nº 445/98, pois não há nada no referido dispositivo que o vincule apenas a levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto, bem como não foi apontado nenhum equívoco, além dos relativos aos valores excluídos pela Decisão recorrida, sendo constatadas as entradas sem tributação, não as saídas como se referiu o Autuado.

No que se refere à Infração 05, o Autuado disse que não foram apresentados todos os demonstrativos necessários à compreensão do levantamento, tendo sido escolhidas somente as mercadorias que apresentaram omissão de entradas para compor o demonstrativo, bem como que não há o registro se:

- a) os arquivos apresentados no mês de setembro de 2015, anteriores às intimações para apresentação e para retificação dos arquivos digitais (fls. 08 e 2.376 a 2.378), foram os utilizados nos levantamentos;
- b) havia alguma retificação a ser feita que não foi; e,
- c) o levantamento foi feito levando em consideração todos os documentos.

O demonstrativo de cálculo das omissões, onde está indicada a forma de apuração do preço médio e demonstrada a movimentação a partir do estoque inicial, mais as entradas, menos o

estoque final e menos as saídas com notas fiscais, de todas as mercadorias objeto da omissão de entradas (fls. 14 a 267).

Ressalto, que o Autuado não apresentou nenhum equívoco no levantamento, nem por amostragem, que justifique haver alguma inconsistência na autuação, e que não é imprescindível a identificação de cada nota fiscal de entrada e saída porquanto os levantamentos foram extraídos de sua escrita fiscal.

Caberia ao Autuado, a avaliação se os arquivos utilizados estavam equivocados ou necessitassem de retificação, ou ainda se não foram utilizados no levantamento todos os documentos, apontando, ainda que por amostragem, os equívocos porventura existentes, mas não o fez.

Diante do exposto, afasto as nulidades suscitadas em relação às Infrações 03, 04 e 05, mantendo a Decisão recorrida em relação às Infrações 03 e 04. No tocante à Infração 05, no momento deste julgamento o Autuado questionou o percentual de 93,93%, utilizado para a proporcionalidade entre as saídas tributadas e não tributadas no exercício de 2014, indicando que o percentual correto seria 38,32%.

Consultando a DMA do Autuado, verifiquei que realmente há um equívoco no referido percentual, sendo correto o percentual de 38,13%, até um pouco menor do que o indicado pelo Autuado, pois estão registradas saídas tributadas no valor de R\$6.117.040,19, e o valor total das saídas no valor de R\$16.040.552,58.

Diante disso, refiz os cálculos apurando o valor devido no exercício de 2014, de R\$56.855,58, reduzindo o valor total da Infração 05 para R\$111.161,53.

O Autuado alegou que o Autuante estaria vinculado a fundamentar seus levantamentos na EFD e que somente esta poderia ser utilizada como instrumento de prova, já que a “velha escrituração” e os “antigos arquivos magnéticos” deixaram de existir, devendo ser desconsiderados, tendo oferecido à tributação valores a título de diferença de alíquotas, lançadas a débito no registro E111 da EFD, nos meses em que o fisco exige o pagamento, restando devidos apenas os valores de R\$3.471,63 e R\$1.214,12, respectivamente, para as Infrações 01 e 02, conforme tabelas que acostou.

Apesar do Autuado não ter juntado aos autos as EFDs, efetuei as análises das que constam no banco de dados da SEFAZ, verificando que estão corretas as informações constantes em seu Recurso Voluntário, quanto ao registro das diferenças de alíquotas nas EFDs.

Na Infração 01, o Autuado apresentou os registros nas EFDs dos meses de outubro e novembro de 2013, relativos aos diferenciais de alíquotas, em valores superiores aos exigidos, motivo pelo qual estes valores devem ser excluídos da autuação.

Quanto aos demais períodos, o Autuado efetuou o parcelamento integral dos seus valores. Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário em relação à Infração 01, no valor de R\$3.624,18, conforme demonstrativo a seguir:

Infração	Data Ocorrência	Valor PAF	Valor 2ª JJF	Valor 2ª CJF
1	30/10/2013	93,35	93,35	-
1	30/11/2013	118,34	118,34	-
1	30/01/2014	252,81	252,81	252,81
1	30/05/2014	74,50	74,50	74,50
1	30/08/2014	2.184,34	2.184,34	2.184,34
1	30/09/2014	152,55	152,55	152,55
1	30/11/2014	959,98	959,98	959,98
Valor Total		3.835,87	3.835,87	3.624,18

Na Infração 02, o Autuado apresentou os registros nas EFDs dos meses de janeiro, novembro e dezembro de 2013 e fevereiro, junho, julho e dezembro de 2014, relativos aos diferenciais de alíquotas, em valores superiores aos exigidos, motivo pelo qual, estes valores devem ser excluídos da autuação.

Também apresentou o registro na EFD do mês de outubro de 2014, relativo ao diferencial de alíquotas, em valor inferior ao exigido, motivo pelo qual, este valor deve ser reduzido na autuação.

Quanto aos demais períodos, salvo os meses de janeiro e maio de 2014, o Autuado efetuou o parcelamento integral dos seus valores. Assim, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário em relação à Infração 02 no valor de R\$1.308,56, conforme demonstrativo a seguir:

Infração	Data Ocorrência	Valor PAF	Valor 2ª JJF	Valor 2ª CJF
2	31/01/2013	78,95	78,95	-
2	28/02/2013	98,64	98,64	98,64
2	30/11/2013	201,96	201,96	-
2	31/12/2013	95,30	95,30	-
2	31/01/2014	81,16	81,16	81,16
2	28/02/2014	160,48	160,48	-
2	31/03/2014	74,50	74,50	74,50
2	30/04/2014	25,48	25,48	25,48
2	31/05/2014	83,50	83,50	83,50
2	30/06/2014	48,11	48,11	-
2	31/07/2014	131,40	131,40	-
2	31/10/2014	420,75	420,75	102,63
2	30/11/2014	842,65	842,65	842,65
2	31/12/2014	917,88	917,88	-
Valor Total		3.260,76	3.260,76	1.308,56

Diante do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, modificando a Decisão a quo, para reduzir o valor exigido para R\$265.696,10, conforme demonstrativo a seguir, devendo ser homologados os valores já recolhidos:

Infração	Valor PAF	Valor 2ª JJF	Valor 2ª CJF	Multa	Julgamento
1	3.835,87	3.835,87	3.624,18	60%	Procedente em Parte
2	3.260,76	3.260,76	1.308,56	60%	Procedente em Parte
3	239.182,03	118.834,88	118.834,88	100%	Procedente em Parte
4	48.571,46	24.420,22	24.420,22	60%	Procedente em Parte
5	194.347,01	194.347,01	111.161,53	100%	Procedente em Parte
6	61,86	61,86	61,86	60%	Procedente
7	190.151,56	6.284,87	6.284,87	60%	Procedente em Parte
Valor Total	679.410,55	351.045,47	265.696,10	--	--

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 272041.0455/15-6, lavrado contra A N G SUPERMERCADOS LTDA. - ME, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$265.696,10**, acrescido da multa de 60% sobre R\$35.699,69, e 100% sobre R\$313.181,89, previstas no Art. 42, incisos II, alíneas “b”, “d” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 02 de setembro de 2020.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

MARCELO MATTEDEI E SILVA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS