

PROCESSO - A. I. N° 269193.0007/17-7
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0019-03/20
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/06/2021

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0115-11/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Os cálculos foram feitos mediante revisão realizada pelo autuante, ficando reduzido o débito originalmente apurado. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** 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. **b)** 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-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. Feitos os cálculos mediante revisão efetuada pelo autuante, o débito originalmente apontado no levantamento quantitativo ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em face do Acórdão nº 0019-03/20 da 3ª JJF deste CONSEF, que julgou procedente em parte o Auto de Infração, lavrado em 19/12/2017, abordando apenas as infrações 02, 04, 05 e 06 da autuação, com as seguintes características:

Período fiscalizado: 01/01/2012 a 31/12/2013

Infração 02 – 03.02.02 – Recolhimento efetuado a menos em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Valor histórico: R\$37.460,32. Multa de 60%.

Enquadramento legal: arts. 15, 16 e 16-A, da Lei 7.014/96.

Multa aplicada: art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei 7.014/96.

Infração 04 – 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saída de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício.

Valor histórico: R\$31.681,85. Multa de 100%.

Enquadramento legal: art. 4º, § 4º, inciso IV; art. 23-A, inciso II, da Lei 7.014/96 c.c. art. 13, inc. II da Portaria 445/98.

Multa aplicada: art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Infração 05 – 04.05.08 – 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 de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

Valor histórico: R\$13.449,29. Multa de 100%.

Enquadramento legal: art. 6º, inciso IV; art. 23, inciso I, da Lei 7.014/96 c.c. art. 217 do RICMS; e art. 10, inc. I, alínea “a” da Portaria 445/98.

Multa aplicada: art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Infração 06 – 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, em exercício fechado.

Valor histórico: R\$6.807,29. Multa de 60%.

Enquadramento legal: art. 6º, inciso IV; art. 23, inciso II, da Lei 7.014/96 c.c. art. 217 do RICMS; e art. 10, inc. I, alínea “b” da Portaria 445/98.

Multa aplicada: art. 42, inciso VII, alínea “d”, da Lei 7.014/96.

Após a instrução processual, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal assim decidiu sobre estas infrações, especificamente:

Regularmente intimado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, insurgindo-se contra a decisão de primeiro grau em relação às infrações 02, 04, 05 e 06, reproduzindo praticamente os mesmos argumentos da impugnação, da forma a seguir indicada.

Inicialmente, apontando que realizou o pagamento do valor principal de R\$37.460,32 referente à infração 02, que acabou sendo reduzida no julgamento de Primeira Instância, para o valor de R\$4.246,74, a recorrente pede que a diferença, corresponde a R\$33.213,58 seja compensado com o saldo remanescente do lançamento, uma vez que esta determinação não constou na decisão recorrida.

Quanto às infrações 04, 05 e 06 repete os argumentos da impugnação, discorrendo sobre o princípio da verdade real, citando doutrina de José Souto Maior Borges, Luís Eduardo Schoueri, Gustavo Emílio Contrucci de Souza e Celso Antônio Bandeira de Melo.

Diz que o autuante não verificou que a recorrente exerce o comércio atacadista e o comércio varejista, pelo seu objeto social, e por isso não atentou à ocorrência de reclassificação de mercadorias, inclusive com mudança de CFOP em alguns casos.

Afirma que apesar de reconhecer alguns o julgamento de primeiro grau não esclareceu quais produtos não foram considerados, citando tão somente os queijos sem tecer comentários em relação aos demais. Exemplifica novamente com a hipótese do presunto e mortadela que entram como peças e saem fatiados. Menciona ainda mercadorias que são adquiridas em caixas mas saem por unidade, como as bebidas.

Insiste que o autuante não considerou a existência de diversos CFOPs de reclassificação de mercadorias, citando os 5926, 1926, 1922, 2949, 5949, 6949 e 5929, que teriam sido mencionados como exemplo, porém, somente eles foram retirados da autuação. Defende que a não observância

dos mesmos pelo autuante acarreta a nulidade absoluta do lançamento, sendo de extrema relevância para o deslinde da questão por refletirem diretamente no estoque, seja na entrada, seja na saída a depender da situação.

Relata ainda que o fiscal tributou produtos isentos, como a carne bovina, de modo que no lançamento houve suposta omissão de saída e/ou entrada de mercadorias que são isentas, mas, no caso, foram tributadas, o que não deveria ocorrer por ser hipótese de exclusão do crédito tributário, conforme art. 175 do CTN.

Pede, por fim, o provimento do Recurso Voluntário para excluir os valores recolhidos a maior, relativos à infração 02, bem como inteiramente anuladas as infrações 04, 05 e 06.

Recebidos os autos, foram a mim distribuídos para apreciação do Recurso Voluntário.

VOTO

Não foram arguidas questões preliminares e/ou prejudiciais, de maneira que seguiremos à apreciação do mérito diretamente.

Inicialmente, rejeito a pretensão do contribuinte quanto à compensação dos valores recolhidos a maior, quando do pagamento da infração 02.

Em primeiro lugar, é preciso esclarecer que não há saldo ou crédito pela redução do débito contido na autuação. Pelo contrário, a Junta reconheceu apenas a improcedência do auto quanto a valores, referentes aos quais, houve a retificação do SPED e correspondente pagamento do débito, antes do lançamento. Neste sentido foi determinada a diligência de fl. 159, com o seguinte objetivo:

PELO AUTUANTE:

Informar quando foi efetuada a retificação através do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED e o recolhimento do imposto, alegados pelo defendantem em relação à infração 02, devendo excluir do levantamento fiscal os recolhimentos efetuados antes da ação fiscal, elaborando novo demonstrativo do débito remanescente.

Em outras palavras, não foi realizado pagamento indevido ou a maior. A Junta apenas reconheceu que a recorrente já havia pago parte do débito à época do lançamento, e determinou a sua exclusão da autuação, de modo que não há saldo a compensar. Ademais, não há nos autos comprovação de que tais valores foram recolhidos novamente, ainda que após a autuação.

Em segundo lugar, ainda a recorrente houvesse comprovado a existência de crédito fiscal, não compete a este Conselho autorizar sua compensação, que deve ser requerida à autoridade competente, na forma do inciso I, do § 3º, do art. 317 do RICMS/BA.

Quanto às infrações 04, 05 e 06, também não vislumbro razão na pretensão recursal. A recorrente não trouxe qualquer prova, ainda que por amostragem, de que remanesceram mercadorias nessas autuações que sofreram reclassificação ou que gozam de isenção.

Convém ressaltar, que a decisão de primeiro grau levou em consideração a informação fiscal que pontuou expressamente ter excluído do levantamento as mercadorias identificadas pela recorrente, inclusive quanto aos CFOPs que considerou “incomuns”. Ora, em se tratando de fato relacionado à atividade econômica exercida pela recorrente, não há como afastar da mesma o ônus da prova, nos termos do art. 142 do RPAF/BA, considerando que é quem dispõe dos meios necessários para se desincumbir do encargo.

Ainda que afirme que a lista de CFOPs indicadas na impugnação era meramente exemplificativa, a recorrente não se preocupou em informar qualquer outro código que entenda ter sido ignorado indevidamente pelo autuante, quando da informação fiscal.

Assim, não vendo justificativa para modificar a decisão de piso, voto pelo NÃO PROVIMENTO do recurso.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269193.0007/17-7, lavrado contra **DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS SÃO ROQUE LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$23.390,21**, acrescido das multas de 60% sobre R\$10.678,07, e 100% sobre R\$12.712,14, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de abril de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ANDERSON ÍTALO PEREIRA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS