

A. I. N° - 279459.0056/20-8
AUTUADO - RN COMÉRCIO VAREJISTA S. A.
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 26/05/2021

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0058-03/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS DETERIORADAS. Contribuinte não apresenta elementos com o condão de elidir a acusação fiscal. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. OMISSÕES DE SAÍDAS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. Fatos comprovados nos autos. Infração subsistente. 4. MULTA PERCENTUAL. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO TEMPESTIVO DO IMPOSTO. Uma vez comprovada a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado integralmente, em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração não elidida. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução da multa aplicada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente auto de infração, lavrado em 30/11/2020, traz a exigência de crédito tributário, no valor histórico de R\$6.329.946,86, pela constatação das seguintes irregularidades:

Infração 01 – 01.05.10. deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativamente a entradas de mercadorias no estabelecimento e posteriormente deterioradas, nos meses de fevereiro, junho, julho, setembro, e outubro de 2017, fevereiro, abril, julho e outubro de 2018, fevereiro, julho, outubro e novembro de 2019, março, junho de 2020, no valor de R\$19.027,64, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 – 04.05.01. falta de recolhimento do imposto, relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas efetuada sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias, em exercício fechado, no ano de 2017, referente a omissão de saídas, no valor de R\$15.281,69, acrescido da multa de 100%;

Infração 03 – 07.01.02. efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, nos meses de abril, julho a setembro e dezembro de 2017, janeiro a julho,

outubro e novembro de 2018, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2019;

Infração 04 – 07.15.05. multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março de 2017 a junho, setembro a novembro de 2019, totalizando R\$2.749.371,66.

O autuado impugna o lançamento às fls.25/26, através de advogados, procuração fl.35. Após se identificar, diz que vem por intermédio de seus procuradores, apresentar sua impugnação em face do Auto de infração (infrações de 01 a 04) pelas razões de fato e de direito a seguir expostas, requerendo seu recebimento e regular processamento, a fim de que seja anulado o referido auto de infração.

Em seguida a esta introdução, apensou documento referente decisão sobre deferimento do Pedido de Recuperação Judicial – Concurso de Credores, processo nº 1070860-05.2020.8.26.0100, fls. 27/34.

O Autuante presta a informação fiscal fl.41. Diz que tendo o contribuinte apresentado defesa ao presente Auto de Infração informa conforme segue.

Sobre a infração 01 diz que o contribuinte fez ajustes quantitativos no inventário através de saídas com CFOP 5927, sem o destaque do imposto, conforme planilha analítica e notas fiscais fls. 42 a 45.

A respeito da infração 02, afirma que após envio da planilha do levantamento quantitativo do estoque para análise, em resposta, o contribuinte afirmou que as diferenças de estoques apontadas seriam verdadeiras, conforme arquivo do e-mail em anexo pag.46.

Sobre a infração 03, explicou que o contribuinte adquire em outros Estados para comercialização, aparelhos celulares, tendo que fazer a antecipação tributária do imposto. Acontece que para diversas aquisições destas mercadorias, não houve o recolhimento do imposto devido, conforme levantamento em planilha por notas fiscais. Destacando que as informações sobre o destino dos DAES pagos em barreira fiscal com código de receita 1755, foram informadas pelo contribuinte, conforme consta na relação de DAES que anexa.

No que tange a infração 04, através de levantamento das entradas das notas fiscais, identifica o recolhimento a menos da antecipação parcial. Esclarece que obtido o valor recolhido a menos, aplicou a multa de 60% obtendo assim, o débito final a ser pago. Destaca que os DAES pagos em barreira fiscal com código de Receita 1755 – Auto de Infração foram informados pelo contribuinte, conforme relação de DAES que anexa.

Em sessão de julgamento, fica registrada a presença do patrono da autuada, Dr. Gabriel Pereira Bacchin, OAB/SP nº 446.027, que realizou a sustentação oral.

VOTO

Preliminarmente, constato que a autuação fiscal está embasada nos demonstrativos elaborados pelo autuante fls.10/18, contidos no CD fl. 19, de acordo com a Escrituração Fiscal Digital e documentos fiscais emitidos pelo defendant, tendo sido fornecidas cópias dos mencionados demonstrativos via DTE fl. 22. Consta também, Termo de Intimação para apresentar livros e documentos fl. 09, recebido dia 17/08/2020.

Verifico que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram 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.

Observo que a autoridade administrativa que constituir o crédito tributário pelo lançamento, deve identificar o sujeito passivo e propor a aplicação de penalidade cabível (art. 142 do CTN), e de acordo com o art. 39, inciso I do RPAF/BA, o Auto de Infração conterá a identificação, o endereço e a qualificação do autuado. No caso em exame, o autuado está devidamente identificado à fl. 01 do PAF, constando a sua inscrição estadual, CNPJ, e endereço, inexistindo qualquer dúvida quanto à sua qualificação.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, 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.

Em sustentação oral, o patrono da autuada requereu fosse realizada diligência, com a finalidade de aquilatar, se os valores considerados na ação fiscal para apurar a base de cálculo, especialmente da infração 04, estariam corretos.

Sobre este pedido de diligência fiscal indefiro de plano, considerando que os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores, cabendo ao defendant comprovar suas alegações, sendo inadmissível a realização de diligência ou perícia quando destinada a verificar fatos e documentos que estão na posse do Contribuinte, e a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, além de não serem necessárias outras provas para as conclusões acerca da lide. Assim com fundamento no art. 147, I, "a" e "b" do RPAF/99, não acato o referido pedido de diligência.

Compulsando os elementos que compõem o presente lançamento fiscal, verifico que o Autuado não contesta objetivamente qualquer das infrações. Limitou-se a arguir, que foi requerida e deferida pelo Juízo da Vara de Falências e Recuperações Judiciais da Comarca da Capital do Estado de São Paulo, o processamento de sua Recuperação Judicial (1070860-05.2020.8.26.0100), conforme despacho proferido em 10 de agosto de 2020.

Sobre estas alegações, observo que a recuperação judicial deferida ao contribuinte, em nada afeta o poder do Fisco na constituição e lançamento do crédito tributário. Ademais, o lançamento de ofício deve ser realizado para assegurar a futura exigibilidade do crédito tributário, evitando que seja fulminado pela decadência.

Importante lembrar, dos privilégios e garantias de que se reveste o crédito tributário, conforme dispõe o art. 184 do CTN, reproduzido a seguir:

Art. 184. Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento do crédito tributário a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa falida, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Da leitura do dispositivo retromencionado, resta evidente, que nesta fase processual, a alegada recuperação judicial a que o autuado se refere, não possui o condão de modificar ou extinguir a exigência fiscal ora apreciada.

No mérito, a infração 01 trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, relativamente a entradas de mercadorias no estabelecimento e posteriormente deterioradas. O contribuinte fez ajustes quantitativos no inventário, através de saídas com CFOP 5927, sem o destaque do imposto, conforme planilha analítica e notas fiscais fls. 42 a 45.

Quanto a esse aspecto, observo que perdas, furtos e perecimentos de mercadorias precisam ser documentados, e em último caso, sua ocorrência precisa ser evidenciada em função de circunstâncias razoáveis. Na hipótese aventada, o contribuinte deveria emitir notas fiscais de saídas concernentes a esses fatos (perdas e quebras), e escriturá-las nos livros competentes, o que não demonstrou ter feito. Igualmente, seria sua obrigação estornar os créditos referentes às

entradas das mercadorias supostamente perdidas, conforme dispõe o art. 312, IV do RICMS/2012, fato que não ocorreu. Portanto, torna-se indispensável provar a sua ocorrência, não somente com a emissão da nota fiscal, mas com a contabilização da operação de estorno destes créditos.

Cabe registrar, que ao contrário do alegado pelo patrono do autuado em sustentação oral, esta infração não trata de exigência de ICMS sobre produtos que sofreram deterioração, mas sim, do estorno do crédito utilizado, quando das entradas de tais produtos, considerando a inexistência da respectiva saída tributada.

Neste caso, deveria adotar o procedimento determinado no inciso IV, do art. 312 do RICMS/12, que reproduzo:

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

(. . .)

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

Como o deficiente não comprovou ter atendido a determinação regulamentar reproduzida, a infração 01 é procedente.

A infração 02, acusa o autuado de falta de recolhimento do imposto, relativo a operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias, em exercício fechado, no ano de 2017, referente à omissão de saídas.

Sobre a matéria, o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta, tanto as quantidades de mercadorias, como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

É importante registrar, que o levantamento quantitativo de estoques é um procedimento realizado com base na Escrituração Fiscal Digital do Contribuinte, a partir da equação: Estoque Inicial + Compras do Período – Vendas realizadas no Período = Estoque Final.

Os estoques (Iniciais e Finais), estão arrolados no livro Registro de Inventário – contagem física das mercadorias realizadas pela empresa no final de cada ano. Considerando que no Auto de Infração ora analisado, o levantamento foi realizado em regime fechado, no exercício de 2017, será considerado o livro Registro de Inventário de 2016, como Estoque Inicial e os dados do livro Registro de Inventário de 2017, como Estoque Final.

Em sede de informação fiscal, o Autuante afirmou, que após envio da planilha do levantamento quantitativo do estoque para análise, em resposta, o contribuinte declarou que as diferenças de estoques apontadas seriam verdadeiras, conforme arquivo do e-mail em anexo pag.46.

Saliento, que a diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte, sem emissão da documentação fiscal exigível (infração 02), conforme art. 4º, da Portaria 445/98, cabendo ao deficiente a comprovação de que tal fato não ocorreu.

Considerando que não foram trazidos aos autos elementos para se contrapor à acusação fiscal, a infração 02 é subsistente.

Na infração 03, o contribuinte efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes

de outras Unidades da Federação.

Em sede de informação fiscal, o Autuante explicou que o contribuinte adquire em outros Estados, para comercialização, aparelhos celulares, tendo que fazer a antecipação tributária do imposto. Acontece que para diversas aquisições destas mercadorias, não houve o recolhimento do imposto devido, conforme levantamento em planilha com as notas fiscais demonstradas neste PAF. Infração 03 subsistente.

Infração 04 – 07.15.05. multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação, adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, nos meses de março de 2017 a junho, setembro a novembro de 2019.

Observo que em ação fiscal, foi constatado pelo Autuante, que no período fiscalizado, relativamente ao ICMS Antecipação Parcial, a obrigação principal não foi cumprida integralmente. Uma vez comprovada a tributação de forma irregular para efeitos de recolhimentos do ICMS Antecipação no prazo regulamentar, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado corretamente, em multa equivalente a 60% do ICMS não recolhido regularmente, nos termos do art. 42, § 1º, c/c inciso II, “d” da Lei nº 7.014/96, in *verbis*:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

II - 60% (sessenta por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente:

d) quando o imposto não for recolhido por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares; ”

§ 1º No caso de o contribuinte sujeito ao regime normal de apuração deixar de recolher o imposto por antecipação, inclusive por antecipação parcial, nas hipóteses regulamentares, mas, comprovadamente, recolher o imposto na operação ou operações de saída posteriores, é dispensada a exigência do tributo que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a penalidade prevista na alínea “d”, do inciso II”;

Desta forma, considerando que o Autuado não trouxe ao processo elementos com o condão de elidir a acusação fiscal, concluo pela procedência da infração 04.

Registro, que o artigo 123 do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Não acato o pedido de cancelamento ou redução da penalidade aplicada, requerido em sustentação oral, visto que a multa aqui discutida se encontra prevista em Lei, cuja irregularidade apurada, enquadra-se corretamente no art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei 7014/96. É importante destacar, que o § 7º, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, e o art. 158 do RPAF/99, que tratavam da competência para redução ou cancelamento da multa foram revogados. (O § 7º, do art. 42 foi revogado pela Lei nº 14.183, de 12/12/19, DOE de 13/12/19, efeitos a partir de 13/12/19). Sendo assim, evidencia-se também, a impossibilidade legal, para atendimento a este pleito do defensor, por este Órgão Julgador.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o auto de infração nº **279459.0056/20-8**, lavrado contra a empresa **RN COMÉRCIO VAREJISTA S. A.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o

pagamento do imposto no valor de **R\$3.580.575,20**, acrescido da multa de 60% sobre R\$3.565.293,51, e 100% sobre R\$15.281,69, previstas no art. 42, incisos VII, alínea "b" e II, alínea "d", e inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$2.749.371,66**, prevista no inciso II, alínea "d", do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos moratórios previstos na Lei 9.837/05.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2021.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR