

A. I. Nº - 299130.0021/20-0
AUTUADO - VITABAHIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 30/11/2021

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0169-01/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO PELO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. Infração subsistente. **b)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração subsistente. 2. RECOLHIMENTO A MENOS. **a)** ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infrações 3 e 5 procedentes. **b)** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infração procedente. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES POR ESPÉCIE DE MERCADORIAS. **a)** DIFERENÇAS DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA - ENTRADAS. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Alegações defensivas elidem parcialmente a autuação. O próprio autuante, na Informação Fiscal, acolheu acertadamente parte das alegações defensivas. Refeitos os cálculos. Reduzido os valores exigidos. Infrações 5, 6 e 7, parcialmente subsistentes. 5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração subsistente. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2020, formaliza a exigência de crédito tributário no valor histórico total de R\$93.409,27, em razão das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária, nos meses de fevereiro, março e outubro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$722,58, acrescido da multa de 60%;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro e abril de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$502,37, acrescido da multa de 60%;
3. Recolheu a menos ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de fevereiro, maio, junho, julho,

outubro e dezembro de 2016, abril, maio, julho, agosto, outubro e novembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$8.791,66, acrescido da multa de 60%;

4. Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março, junho, setembro e dezembro de 2016, janeiro, março, abril, agosto, outubro a dezembro de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$11.859,34, acrescido da multa de 60%;

5. Recolheu a menos ICMS em razão de venda de mercadorias a não contribuintes do imposto localizados em outra unidade da Federação, utilizando alíquota interestadual, no mês de março de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$469,77, acrescido da multa de 60%;

6. 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 entrada – 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 saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.723,94, acrescido da multa de 100%;

7. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$19.617,95, acrescido da multa de 100%;

8. 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 parcela do tributo calculado 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, no exercício de 2016, sendo exigido ICMS no valor de R\$7.539,87, acrescido da multa de 60%;

9. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior, nos meses de janeiro, março a junho de 2016, fevereiro, abril, maio e junho de 2017, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.271,20, acrescido da multa de 60%;

10. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às 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 janeiro, maio a julho, outubro e dezembro de 2016, abril, julho, agosto, novembro e dezembro de 2017, sendo exigido o valor de R\$33.910,59.

O autuado apresentou Defesa (fls. 80/81). Consigna o seu inconformismo, exclusivamente, no tocante às infrações 6, 7 e 8, silenciando quanto às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 9 e 10.

Relativamente às infrações 6, 7 e 8, observa que a autuação decorreu por não ter efetuado o lançamento de algumas notas fiscais de entrada, consequentemente gerando uma omissão de entrada e saída de alguns produtos e o não recolhimento do ICMS Normal e referente à substituição tributária, o que se refletiu no estoque físico conforme referidas infrações.

Alega que no levantamento fiscal consta que a empresa deixou de efetuar nos seus devidos registros fiscais do produto ACTICOAT CURATIVO ANTIMICROBIANO FLEX 3 10X10CM SMITH&NEPHEW, porém todos os lançamentos foram efetuados. Explica que ocorreu é que o autuante ao realizar o levantamento fiscal não se atentou para as notas fiscais de entrada da série 2 emitida pela empresa Smith & Nephew Comércio de Produtos Médicos Ltda., com isto havendo

uma falsa impressão de vendas efetuadas sem os devidos registros de 2.822 itens. Acrescenta que para comprovar a sua alegação anexou os livros de entradas extraídos do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, com a apuração do estoque de entradas e saídas, assim como todas as notas fiscais emitidas pela empresa Smith & Nephew Comércio de Produtos Médicos Ltda., série 2.

Alega, ainda, que no levantamento fiscal consta que a empresa também não efetuou os devidos registros fiscais do produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW, tendo o autuante apurado uma omissão de 27 itens, contudo a omissão foi de apenas 1 item. Explica que ao gerar o arquivo para envio do SPED do mês de fevereiro de 2016 o item código 1800 não foi exportado para o inventário do ano de 2015, sendo que com este erro sistêmico, consequentemente, não exportou o saldo inicial de 30 itens do ano de 2014. Registra que para comprovar a sua alegação anexou o livro registro de inventário do ano de 2014, no qual consta o saldo final de 28 itens, conforme página 127 extraída do SPED, planilha com a apuração do estoque de entradas e saídas, assim como todas as notas fiscais de entrada e saídas do referido produto.

Finaliza a peça defensiva requerendo que a Defesa seja julgada procedente.

O autuante prestou Informação Fiscal (fls. 218 a 222). Observa que o autuado impugna as infrações 6, 7 e 8, que tratam da falta de recolhimento de ICMS em virtude de ter omitido entradas de mercadorias, constatada por meio de roteiro de auditoria de levantamento quantitativo de estoque.

Reporta-se sobre a alegação defensiva atinente ao produto ACTICOAT CURATIVO ANTIMICROBIANO FLEX 3 10X10CM SMITH&NEPHEW.

Diz que após analisar os demonstrativos constatou que todas as Notas Fiscais de Entrada se referem ao CFOP 6403 que deixou de ser considerado no levantamento quantitativo.

Esclarece que após se certificar que as referidas notas fiscais, efetivamente, não foram consideradas no levantamento realizado antes da lavratura do Auto de Infração, incluiu as mencionadas notas fiscais no levantamento, o que resultou na redução na quantidade de omissão de entrada deste item de produto de 2.822 unidades para 255 unidades, implicando, na consequente redução das infrações 6, 7 e 8, conforme demonstrativos de cálculo que anexou.

Salienta que informou esse procedimento ao autuado, aduzindo que devido ao fato de se tratar de produto sujeito ao regime da substituição tributária, a alteração se refletirá em redução dos valores das infrações 6, 7 e 8, a ser realizada mediante alterações no demonstrativo de débito do presente Auto de Infração, conforme demonstrativo que apresenta.

Reporta-se sobre a alegação defensiva atinente ao produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW.

Consigna que o autuado confessa que omitiu entradas de mercadorias cujos quantitativos não foram computados no estoque inicial do exercício auditado, ou seja, no exercício de 2016.

Salienta que é precisamente para apurar tais irregularidades e omissões que se realiza o roteiro de levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado.

Ressalta que a irregularidade referida pelo autuado só poderia ser sanada mediante retificação das EFDs de exercícios já encerrados e que inclusive já se operou decadência dos créditos, como é o caso de 2014 e 2015.

Acrescenta que o RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, e o Ajuste SINIEF 02 de 03/04/2009 vedam expressamente tal procedimento ao estabelecer no artigo 251, § 1º e § 2º as hipóteses e condições em que a EFD poderá ser alterada. Reproduz o art. 251, §§ 1º e 2º do referido RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12.

Diz que diante disso, não acata a justificativa apresentada pelo autuado para esse produto, tendo

em vista que é uma confissão da omissão identificada, e o saneamento da mesma é expressamente vedado pela legislação que rege a matéria, razão pela qual mantém o valor da omissão constatada para este produto.

Conclusivamente, diz que diante das argumentações do autuado que foram acatadas, o valor total das infrações 6, 7 e 8 deve ser reduzido no demonstrativo débito de R\$34.881,76 para R\$ 9.016,66, conforme tabela que apresenta.

Assinala que o valor histórico total do presente Auto de Infração deve ser reduzido de R\$ 93.409,27 para R\$67.544,17.

Registra, ainda, que após concluídas as alterações consideradas procedentes, intimou o autuado, conforme documentos de fls. 226/227, para conhecimento da redução do valor exigido, em razão da procedência da alegação atinente ao produto ACTICOAT CURATIVO ANTIMICROBIANO FLEX 3 10X10CM SMITH&NEPHEW, assim como da improcedência do questionamento referente ao produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW, sendo que em resposta o autuado manifestou-se totalmente de acordo com os procedimentos adotados, inclusive quanto a improcedência da alegação atinente ao produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW, conforme documento de fls. 228 a 230 anexado.

Finaliza a peça informativa dizendo que o PAF deve ser enviado ao CONSEF para análise e julgamento, consoante o art. 127, § 8º, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99.

VOTO

O Auto de Infração em exame, diz respeito a dez infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que o autuado impugnou, exclusivamente, as infrações 6, 7 e 8, e silenciou no tocante às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 9 e 10.

No tocante às infrações 1, 2, 3, 4, 5, 9 e 10, por certo que o silêncio do autuado permite admitir como verídicos os fatos imputados, consoante estabelece o art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, sendo, desse modo, todas estas infrações subsistentes.

Quanto às infrações expressamente impugnadas, no caso infrações 6, 7 e 8 - todas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias -, verifico que o autuante acatou acertadamente a alegação defensiva atinente ao produto ACTICOAT CURATIVO ANTIMICROBIANO FLEX 3 10X10CM SMITH&NEPHEW, tendo em vista que não considerara as Notas Fiscais de Entrada com CFOP 6403, conforme alegado pelo autuado,

Conforme esclarecido pelo autuante, incluiu as referidas notas fiscais no levantamento, o que resultou na redução na quantidade de omissão de entrada deste item de produto, de 2.822 unidades, para 255 unidades, implicando na consequente redução das infrações 6, 7 e 8.

Do mesmo modo, observo que o autuante corretamente não acatou a alegação defensiva referente ao produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW, haja vista que o autuado, efetivamente, omitiu entradas de mercadorias cujos quantitativos não foram computados no estoque inicial do exercício objeto da autuação, no caso 2016, sendo que nos termos do art. 251, §§ 1º e 2º do RICMS/BA/12, Decreto nº. 13.780/12, é vedada a retificação da EFD após o início da ação fiscal.

Relevante observar o registro feito pelo autuante na Informação Fiscal, no sentido de que, intimou o autuado para conhecimento da redução do valor exigido, em razão da procedência da alegação atinente ao produto ACTICOAT CURATIVO ANTIMICROBIANO FLEX 3 10X10CM SMITH&NEPHEW, assim como da improcedência do questionamento referente ao produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW, sendo que em resposta o autuado manifestou-se totalmente de acordo com os procedimentos adotados, inclusive quanto à

improcedência da alegação atinente ao produto RENASYS – RESERVATÓRIO GO CANISTER 750 ML SMIT&NEPHEW, conforme documento de fls. 228 a 230.

Diante disso, acorde com o resultado apresentado na Informação Fiscal, as infrações 6, 7 e 8 são parcialmente procedentes, conforme demonstrativo elaborado pelo autuante abaixo reproduzido:

Dta Ocorrencia	Infração	DE	PARA	Aliq Icms	Infracao
31/12/2016	06	7.723,94	3.797,68	18	04.05.05 - Entrada de mercadorias tributadas maior que a de saída
31/12/2016	07	19.617,95	3.747,84	18	04.05.08 - Entrada - substituição tributária - saída sem tributação - ICMS normal
31/12/2016	08	7.539,87	1.471,14	18	04.05.09 - Entrada - substituição tributária - saída sem tributação - ICMS antecipado
Total		34.881,76	9.016,66		

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando o demonstrativo de débito com a seguinte conformação:

INF	VLR. LANÇADO (R\$)	VLR. JULGADO (R\$)	MULTA	RESULTADO
01	722,58	722,58	60%	PROCEDENTE
02	502,37	502,37	60%	PROCEDENTE
03	8.791,66	8.791,66	60%	PROCEDENTE
04	11.859,34	11.859,34	60%	PROCEDENTE
05	469,77	469,77	60%	PROCEDENTE
06	7.723,94	3.797,68	100%	PROCEDENTE EM PARTE
07	19.617,95	3.747,84	100%	PROCEDENTE EM PARTE
08	7.539,87	1.471,14	60%	PROCEDENTE EM PARTE
09	2.271,20	2.271,20	60%	PROCEDENTE
10	33.910,59	33.910,59	-----	PROCEDENTE
TOTAL	93.409,27	67.544,17		

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299130.0021/20-0, lavrado contra **VITABAHIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$33.633,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$26.088,06, e de 100% sobre R\$7.545,52, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “e” III, “g”, e “a”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$33.910,59**, prevista no art. 42, inciso II, “d” do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei n. 3.956/81.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 06 de outubro de 2021.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ – JULGADOR