

A. I. Nº - 269141.0011/19-6
AUTUADO - BIG ELETRO COMÉRCIO DE UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTÔNIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - DAT NORTE / INFAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 25/11/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-02/21-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM IMPOSTO ANTECIPADO. A retirada de produtos não sujeitos à substituição tributária na época dos fatos geradores, reduziu os valores lançados. Infração parcialmente subsistente. **b) DESTAQUE A MAIOR NOS DOCUMENTOS FISCAIS. 2. ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. 3. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO. MERCADORIAS ESCRITURADAS. Infrações não elididas. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÕES TANTO DE SAÍDAS QUANTO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA.** Ajustes realizados pelo autuante, em atenção aos argumentos defensivos, alteram os valores lançados. Infração subsistente em parte. **5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS. 6. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS.** Infrações não contestadas. Prejudicado o pedido de diligência/perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 23 de dezembro de 2019 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$48.161,25, além de multas de 60% e 100%, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **01.02.05.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, nos meses de janeiro a dezembro de 2015, janeiro, fevereiro, junho, agosto a dezembro de 2016, no montante de R\$4.339,22, multa de 60%.

Infração 02. **01.02.41.** Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no período de março a dezembro de 2016, somando R\$916,44, multa de 60%.

Infração 03. **03.02.04.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, no montante de R\$30.065,13, entre janeiro a dezembro de 2015 e janeiro a dezembro de 2016, proposta multa de 60%.

Infração 04. **03.02.05.** Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, no valor de R\$2.181,02, multa de 60%, para ocorrências em janeiro a outubro e dezembro de 2015.

Infração 05. 04.05.02. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuada sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2015 e 2016), no total de R\$7.193,87, multa de 100%.

Infração 06. 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, perfazendo R\$2.846,89, além da multa de 60%, para ocorrências em janeiro, fevereiro, abril, junho, setembro e outubro de 2016.

Infração 07. 07.15.02. Recolheu a menor antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização, em janeiro, abril, junho e julho de 2016, no valor de R\$618,68, multa de 60%.

Tempestivamente, o autuado, por seu sócio gerente, apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 38 a 44, onde após indicar todas as infrações, com seus valores e artigos infringidos, observa, inicialmente, ser grande parte da autuação procedente na infração 01, ressaltando, apenas, o valor de R\$34,59, no ano de 2015, em relação ao qual assegura ter havido a apropriação de crédito fiscal apropriada, o que resultaria em débito reconhecido de R\$2.253,00, conforme Doc. 2.1 a Doc. 2.3.

Em 2016, aduz ter havido apropriação de crédito correta de R\$46,81, conforme Doc. 03, cuja exclusão resulta em valor devido de R\$2.004,82, conforme demonstrado no relatório constante dos Doc. 04.1 e 04.2.

Para a infração 02, destaca que a acusação fiscal se prende ao fato de ter utilizado crédito sobre aquisições a maior em 2%, correspondente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, *“portanto, todos itens vieram destacado 20% e em nossas saídas se debitou também em 20%, atendendo assim o princípio da não cumulatividade”*, registrando que a Portaria SEFAZ 160, de 24/10/2019 normatizou o procedimento para tratamento dos itens que o Fundo de Combate à Pobreza incide, razão pela qual não concorda com o crédito reclamado, e apela para que tal direito seja mantido, tendo em vista que este procedimento consiste em direito legal para apropriação de tal crédito.

Na infração 03, argui que após conferência realizada, verificou a existência de itens não procedentes, e para sanear tal ocorrência, apresenta os demonstrativos Doc. 05.1 a 05.12, reconhecendo, para 2015, R\$5.902,30 como valor devido.

Relata ter elaborado, ainda, outro demonstrativo (Doc. 06.1 a 06.29), no qual demonstra item a item a não concordância com a acusação posta.

Quanto a 2016, procedeu de igual modo, conforme Doc. 07.1 a 07.55, reconhecendo ser devido R\$7.604,75.

Da análise da infração 04, constata, através do Doc. 09, ser devido R\$1.137,40, diante da elaboração do Doc. 10.1 e 10.2, analisado de forma analítica cada item da autuação.

Quanto a infração 05, aponta ter realizado “nova auditoria”, chegando às seguintes conclusões: em 2015, houve a não inclusão de diversas notas de entradas de mercadorias sem duplicidade, que se tratavam de notas emitidas pelo depósito central que foram adicionadas às “notas mães de aquisições”, provocando duplicidade desses itens, situação que muda substancialmente o quadro, pois de todo o valor reclamado, assevera restar apenas R\$ 564,88, consoante demonstrado no Doc. 11.

Para 2016, de igual modo, garante ter havido a não inclusão de inúmeras entradas e saídas de operações com CFOP 5949 e 6949, que não movimentaram o estoque, e sendo feitas tais correções inexistia qualquer omissão neste período, conforme demonstrado e detalhado nos Doc. 12.1 a 12.4.

Na infração 06, diz concordar na totalidade com a acusação formulada, mesma situação da infração 07.

Conclui no sentido de que, por tudo o quanto exposto, requer o saneamento do Auto de Infração para que se corrijam as distorções, sendo declarada a sua parcial procedência, face aos elementos comprobatórios suscitados.

Juntou documentos de fls. 45 a 164.

Informação fiscal prestada pelo autuante às fls. 180 e 181, após transcrever a acusação e os argumentos defensivos apresentados, indica em relação à infração 01 ser procedente a alegação do autuado, vez que as mercadorias com códigos 83247, 83437 e 83438 não se encontravam elencadas no regime de substituição tributária em 2015, ao passo que em 2016, igualmente, as mercadorias de códigos 86640, 83437, 86642, 85264, 86009, 86373 e 92032 não estavam no regime de substituição tributária, no entanto, conforme nota fiscal de aquisição de mercadoria 048.283, datada de 23/09/2016, emitida por República Vix Comércio Exterior Ltda., a NCM da mercadoria com código 78961 é 4202.92.00 que está elencado no regime de substituição tributária, o que impossibilita a apropriação do crédito fiscal de ICMS.

Assim, o valor total do débito fica reduzido de R\$4.339,22, para R\$4.260,02, conforme demonstrado nos relatórios que anexa.

Na infração 02, mantém os valores originalmente lançados, o mesmo ocorrendo na infração 03 e 04, justificando a falta de motivação exposta pelo contribuinte quanto ao que teria levado às considerações postas na peça defensiva.

Por seu turno, na infração 05, para 2015, acolhe o argumento defensivo quanto a duplicidade de lançamento de entrada para as mercadorias com código 34090, 40443 e 59281, tendo realizado o expurgo das mesmas, e o resultado apurado alterou-se para omissão de entradas que superaram as omissões de saídas, resultando em débito apurado de R\$ 1.079,83, de acordo com os novos demonstrativos anexados.

Também para 2016 acatou a solicitação para não considerar os CFOP 5949 e 6949 no levantamento de estoques, tendo, ainda, desconsiderado os CFOP 1949 e 2949, e incluído os CFOP 1915 e 2920, e por extensão, o CFOP 5916 no levantamento de estoque, tendo, em tal exercício apurado novo valor de R\$3.648,09, de acordo com os novos demonstrativos elaborados.

Registra, ainda, o acatamento pela autuada das infrações 06 e 07, submetendo a informação fiscal ao crivo do CONSEF.

Juntou documentos de fls. 82 a 307.

Intimado do teor da informação fiscal e dos novos documentos, através do DTE, mensagem 161.817, de 01/06/2020, lida e cientificada em 02/06/2020 (fl. 308), o contribuinte retornou aos autos às fls. 313 a 317, na qual, para a infração 01, observa ter o autuante acatado seu pedido, encontrando valor próximo ao apurado e reconhecido na defesa apresentada, concordando com o valor apontado de R\$4.260,02.

Na infração 02, renova o pedido, tendo em vista que o valor correspondente ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, ou seja, os 2% utilizados, se constituem em direito reconhecido e disciplinado nos moldes da Portaria SEFAZ 160/2019, que veio pacificar a discussão existente para apropriação de tal crédito, razão pela qual apela para o reconhecimento de sua pretensão.

Quanto a infração 03, lembra de ter elaborado relatório (Doc. 05.1 a 05.12), reconhecendo como devido R\$5.902,30 para o exercício de 2015, motivo pelo qual considera descabidos os argumentos do autuante por entender dever o mesmo apreciar o material apresentado.

Da mesma maneira, em relação a 2016, repete o argumento e pedido, confirmando reconhecer como devido R\$7.604,75.

Já na infração 04, após reiterar reconhecer como devido R\$1.137,40, renova a observação de não ter o autuante justificado plenamente o não acolhimento dos dados elaborados pela empresa, requerendo a apreciação do pedido, por se constituir na expressão da verdade material.

Por fim, na infração 05, para o exercício de 2015, reitera a afirmativa de não inclusão de diversas notas de entradas de mercadorias, o que mudaria a situação da infração, de acordo com os cálculos que realizou, resultando em valor devido de R\$564,88, na forma do Doc. 11, e que embora tenha apresentado seus elementos de forma analítica, a resposta veio de maneira sintética, o que torna necessária a realização de diligência para constatação do exposto.

Quanto a 2016, igual situação se repete, trazendo os mesmos argumentos já postos anteriormente, e tendo como comprovado não existirem omissões de saídas de mercadorias, de acordo com seus levantamentos realizados, conforme Doc. 12.1 a 12.4.

Frisa ser sabedor que o exercício da fiscalização não pode simplesmente se basear em informações fornecidas pelo contribuinte, trazendo doutrina representada por trecho da obra de Hugo de Brito Machado e Aliomar Baleeiro.

Finaliza renovando os pedidos para que estranho ao feito confirme as suas assertivas, especialmente as razões trazidas em relação às infrações 01, 02, 03, 04 e 05, bem como a produção de provas por todos os meios admitidos em direito, especialmente prova pericial contábil e juntada posterior de documentos.

Constam nas fls. 319 a 326 extratos de pagamento extraídos do sistema de arrecadação da SEFAZ, relativo a parte do Auto de Infração reconhecida como devida pelo sujeito passivo.

Tendo sido o feito encaminhado para julgamento em 25/06/2020, sem que o autuante fosse cientificado do teor da manifestação do contribuinte (fl. 318), em 30/08/2020 esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência, a fim de que o autuante tomasse conhecimento do teor da manifestação do contribuinte, bem como ajustasse a omissão de saídas da infração 05 ao teor da Portaria 445/98, prestando nova informação fiscal.

O autuante, em cumprimento ao quanto determinado, à fl. 333, registra, inicialmente, ter o contribuinte concordado com a informação fiscal, relativamente à infração 01, discordando, entretanto, das demais, nada tendo a acrescentar ou alterar.

Especificamente em relação à infração 05, salienta ter sido orientado pelo CONSEF o refazimento com observância da redação da Portaria 445/98, tendo aplicado o percentual de 0,62%, e obtido o resultado que indica em tabela.

Realça que permanecem válidas as observações relatadas na informação fiscal para a infração em tela, as quais repete, dando como cumprida a diligência.

Acosta demonstrativos de fls. 334 a 371.

Cientificado por meio do DTE, em 21/05/2021 (fl. 373), o contribuinte retornou aos autos (fls. 376 e 377), no sentido de que, na infração 02, renova os pedidos anteriormente feitos, bem como para as infrações 03 e 04.

Na infração 05, acata os valores indicados pelo autuante, e conclui no sentido de reiterar as colocações iniciais de defesa.

Manifestação do autuante de fl. 391, registra: *“Em 25/05/2021 o contribuinte fez uma manifestação referente à diligência datada de 20/05/2021, concordando e acatando o resultado do refazimento da infração 05.*

Com relação às demais infrações não apresentou nenhum fato novo. Assim, sem nada a modificar em relação à citada diligência, segue o processo para apreciação do CONSEF”.

Foram os autos encaminhados pelo órgão preparador em 19/07/2021 e distribuídos a este relator em 03/08/2021 (fl. 393).

VOTO

O lançamento constitui-se em sete infrações arroladas pela fiscalização, sendo objeto de impugnação por parte do autuado, as de número 01 a 05.

Verifico que o sujeito passivo foi intimado acerca do início da ação fiscal através da transmissão, via DTE de Cientificação de Início de Ação Fiscal em 04/11/2019, tendo tomado ciência da mesma em 05/11/2019 (fl. 10).

A memória de cálculo da autuação se encontra às fls. 12 a 33, impressa, e em formato digital na mídia de fl. 34, entregue ao contribuinte em cópia através do recibo de fl. 35.

O autuante, quando do lançamento, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando as condutas praticadas pelo contribuinte, e tidas como contrárias à norma legal, os artigos infringidos, a previsão da multa sugerida, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida nos artigos 142 do CTN, 129 do COTEB e 39 do RPAF/99, preenchendo, pois, todos os requisitos de validade sob o aspecto formal.

Por outro lado, o contribuinte compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou aspectos das infrações que entendia lhe amparar, trazendo fatos, demonstrativos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, e exercendo sem qualquer restrição o contraditório, sob a forma da objetiva peça de impugnação e manifestações posteriores.

Não existem questões preliminares a serem apreciadas, motivo pelo qual adentro na análise do mérito, não sem antes entender prejudicado o pedido de diligência formulado, diante do fato de todos os elementos necessários para o pleno convencimento do julgador estarem presentes no feito, bem como por motivo de que em mais de uma oportunidade o autuante interveio no processo, no sentido de ajustar o lançamento e produzir informações fiscais, o que torna desnecessária mais uma vez, a sua realização, até pelo fato de não ter o contribuinte justificado a sua necessidade.

O contribuinte autuado se encontra inscrito no Cadastro de Contribuintes do Estado da Bahia, na condição de Lojas de departamentos ou magazines, exceto lojas francas (Duty free), CNAE 47.13-0-04, estabelecido no município de Valença, Bahia.

Quanto a infração 01, versa sobre a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, em relação a qual, da leitura dos demonstrativos analíticos inseridos na mídia de fl. 34, verifico que a mesma lista as notas fiscais por mês de ocorrência, com o CFOP, estado de origem das mercadorias, número do documento fiscal, chave de acesso, código, descrição, NCM, base de cálculo do ICMS e valor do imposto cobrado.

Constato, da análise realizada, que, por exemplo, efetivamente, no item 24.9 do Anexo 1 ao RICMS/12, no ano de 2015, os produtos *“banheiras, boxes para chuveiros, pias, lavatórios, bidês, sanitários e seus assentos e tampas, caixas de descarga e artigos semelhantes para usos sanitários ou higiênicos, de plásticos”*, de NCM 3922 se encontravam amparados pelo instituto da substituição tributária, sendo indevida a apropriação de crédito fiscal dos mesmos.

Já os produtos de NCM 8518, arrolados na planilha retificadora de fls. 182 a 185 dos autos, correspondentes aos produtos *“Driver Selenium D200, Driver Selenium D250 Trio, Driver Selenium D405 Trio, Alto Falante Selenium Woofer 8PW7 e Alto Falante Selenium Woofer 10PW7”* devem ser excluídos, pois tal NCM não se encontrava inserida no Anexo 1 ao RICMS/12, em 2015, apenas em 2016, para os produtos *“alto-falantes, amplificadores elétricos de audiofrequência e partes”*.

O mesmo ocorre com a NCM 8527.21.90, que não possuía previsão para substituição tributária em 2015, ao passo que para 2016 possuía para os produtos listados no item 1.62.1, relativo a *“outros aparelhos receptores de radiodifusão que funcionem com fonte externa de energia”*, o que implica na remoção do demonstrativo de *“Auto Rádio Mondial AR-03 12V”* do demonstrativo ajustado em 2015.

Ainda em 2015, inexistia previsão de substituição tributária para produtos de NCM 4202.2, como a *“Lancheira Mor Neoprene Preta”* arrolada no mês de julho, o que implica na retirada da mesma do

lançamento. Para 2016 a exclusão fica mantida, vez estar tal NCM submetida a tributação normal, uma vez que os produtos de NCM raiz listados no Anexo 1 ao RICMS/12 são os NCM 4202.1, 4202.9 e 4202.3, ali listados.

E tal entendimento se encontra em consonância com aquele exarado pela SEFAZ para o enquadramento, o qual consta em diversas consultas tributárias, podendo mencionar como exemplo o Parecer DITRI 25.452/2012, no seguinte sentido: *“ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Um produto está sujeito ao regime de substituição tributária quando possuir, cumulativamente, NCM e descrição de acordo com a norma vigente”*.

Este não é entendimento novo, inclusive posso, de igual forma, invocar também o Parecer 11.219/2010, o qual traz o seguinte posicionamento: *“Há de se informar, inicialmente, que, para a inclusão de um produto na Substituição Tributária, é necessário que haja a sua identidade não só com uma das definições contidas nos diversos itens do inciso II do art. 353 do Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, RICMS, como com a classificação na NCM prevista no mesmo item”*.

Em outras palavras: para a inclusão de um produto na sistemática de substituição tributária, é necessária, a existência de perfeita identidade entre a NCM do produto e a sua descrição, sendo essa a premissa a ser observada.

Em 2016, deve ser retirado o produto “Bobina p/ECF Maxprin Térmica 80mm x 40m Palha”, NCM 4811.90.10, uma vez que o item 12.7 do Anexo 1 ao RICMS/12 previa a substituição tributária para o produto “Bobina para fax”, NCM 4802.20.9 e 4811.90.9, ao passo que o item 12.9 previa a substituição tributária para “Bobina para máquina de calcular, PDV ou equipamentos similares”, com NCM 4802.54.99, 4802.57.99 e 4816.2, diversas do produto autuado, o que justifica a sua exclusão.

Inexistia em 2016, qualquer previsão de substituição tributária para a NCM 3926, o que implica na retirada do produto “Conjunto Menno porta lápis/clips duplo fumê” no lançamento, no mês de novembro.

Diante dos ajustes realizados, a infração 01 é parcialmente subsistente em R\$1.416,02, de acordo com o seguinte demonstrativo, após as exclusões efetuadas, ressaltando que a concordância firmada pelo contribuinte quanto aos valores indicados pelo autuante, não significa que o mesmo esteja correto, pois cabe ao julgador buscar a verdade material dos fatos relatados nos autos, o que no presente caso foi feito:

2015

Janeiro	R\$ 129,36
Fevereiro	R\$ 3,92
Março	R\$ 1,95
Abril	R\$ 144,62
Maio	R\$ 9,38
Junho	R\$ 7,42
Julho	R\$ 24,37
Agosto	R\$ 206,96
Setembro	R\$ 9,70
Outubro	R\$ 1,72
Novembro	R\$ 203,79
Dezembro	R\$ 56,59

2016

Janeiro	R\$ 287,26
Fevereiro	R\$ 47,99
Junho	R\$ 3,80
Agosto	R\$ 0,00
Setembro	R\$ 187,47
Outubro	R\$ 89,72
Novembro	R\$ 0,00
Dezembro	R\$ 0,00

Para a infração 02, a acusação é a de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais, no que a empresa se insurge, invocando em seu amparo, a Portaria 160/2019.

Em verdade, esta Portaria veio alterar a Portaria 133/2002, a qual visava dispor acerca do recolhimento, em separado, do ICMS vinculado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza, que originalmente abordava apenas o recolhimento do imposto a este título, sem qualquer menção a crédito fiscal, o qual, de igual modo, não é analisado na Portaria mais recente, a qual, em seu objetivo, dispunha apenas sobre o pagamento apartado da parcela correspondente ao Fundo, inserindo, portanto, alterações no artigo 1º, o qual possui a seguinte redação:

“Art. 1º O recolhimento do ICMS resultante da adição de dois pontos percentuais às alíquotas do ICMS, incidentes nas operações com os produtos especificados no art. 16-A da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, destinado ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza (FECEP), deverá ser efetuado em separado, observado os seguintes procedimentos:

I – o ICMS mensal relativo às operações próprias do contribuinte será apurado normalmente, com a inclusão do adicional de dois pontos percentuais vinculado ao FECEP na alíquota incidente, conforme destacado nos documentos fiscais;

II – o valor destinado ao FECEP será apurado com a aplicação do percentual de 2% (dois por cento) sobre a soma das bases de cálculo das saídas dos produtos sujeitos ao adicional; III - o valor apurado para o FECEP será escriturado na EFD da seguinte forma:

a) como ‘Estornos de Débitos’, lançado como parte do somatório de todos os Ajustes ‘Estornos de Débitos’ no campo 09 (VL_ESTORNOS_DEB) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD_AJ_APUR) deve ser preenchido com o código ‘BA030012 - ESTORNO DE DÉBITO - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art.16-A da Lei nº 7.014/96’;

b) como débito especial, lançado como parte do somatório de todos os débitos especiais no campo 15 (DEB_ESP) no registro E110 e detalhado no registro E111, cujo campo 02 (COD_AJ_APUR) deve ser preenchido com o código ‘BA050005 - DÉBITO ESPECIAL - Lançamento relativo ao FECEP - Fundo Estadual de Combate à Pobreza - art.16-A da Lei nº 7.014/96’;

c) o valor apurado a título de FECEP deve ser identificado no registro E116, sendo que o campo 02 (COD_OR) deste registro deve ser preenchido com o código ‘006 - ICMS resultante da alíquota adicional dos itens incluídos no FECEP’.

IV – o valor apurado para o FECEP deverá ser recolhido em separado por meio de Documento de Arrecadação Estadual - DAE, emitido mediante acesso ao endereço eletrônico <http://www.sefaz.ba.gov.br>, com código de receita 2036”.

Ou seja: em momento algum a Portaria 160/2019, ou a Portaria 133/2002 abordam a questão de créditos fiscais, diferentemente do entendimento da autuada.

Desta maneira, resta apenas ao julgador observar a pertinência ou não dos créditos apropriados pela empresa, de acordo com o demonstrativo elaborado pelo autuante.

Do mesmo, se verifica que a empresa autuada se apropriou de créditos fiscais em notas fiscais de aquisição de mercadorias, utilizando da alíquota de 20%, sendo que a Portaria 133/2002 alterada pela Portaria 160/2019 já vistas acima, tratam da forma de cálculo do adicional correspondente ao

Fundo de Combate à Pobreza, e em que pese o esforço defensivo, não conseguiu comprovar o não cometimento da infração, com a colação aos autos de elementos de prova necessários e suficientes para a sua elisão, o que me faz julgar a mesma procedente.

Por outro lado, em relação à infração 03, que diz respeito a recolhimento a menor do ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto, de acordo com as planilhas elaboradas pelo autuante, decorrem de diversas situações como doação/bonificação, sem oferecimento das operações à tributação, saídas com tributação a menor em operações ocorridas por meio de emissão de cupons fiscais em ECF e notas fiscais, relativamente a produtos tributados, tendo o contribuinte se insurgido em relação à mesma, negando o seu cometimento.

Todavia, as planilhas apresentadas pela autuada como que resolutivas em relação à infração, às fls. 64 a 92 não contém elementos capazes de comprovar a inexistência de débito de imposto, ao contrário, basicamente repetem aquela apresentada na autuação pelo autuante, o que reafirma a correteza do procedimento fiscal quanto a ela, e a mantém como procedente, o mesmo acontecendo com a infração 04, que também diz respeito a recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias devidamente escrituradas, o que, de igual forma faz com que, à vista da falta de argumentos convincentes de prova para elidir a infração, apenas uma planilha que em nada ajuda o contribuinte (fls. 157 a 159) no sentido de reduzir ou provar inexistente a mesma, tendo agido corretamente o autuante em sua manutenção.

A infração 05, ao seu turno, diz respeito a realização de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, que vem a ser técnica ou roteiro de auditoria empregado para avaliar a veracidade das declarações do contribuinte em relação aos seus estoques, e apuração de mercadorias eventualmente entradas ou saídas sem a emissão de nota fiscal.

Ou seja: o levantamento quantitativo, tal como realizado e lançado se apresenta como técnica fiscal de apuração de regularidade das atividades do contribuinte, com aspecto legal e não como medida extremada ou extraordinária de que venha a se valer a Fiscalização, sendo técnica de auditoria usualmente utilizada.

Tal matéria se encontra regulada pela Portaria 445/98, a qual dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, e assim prevê:

“Art. 2º O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício em aberto, sendo que:

I - o levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado”.

Mais adiante, chama a atenção para a diferenciação:

“Parágrafo único. Os procedimentos a serem adotados no levantamento quantitativo em exercício fechado não são exatamente os mesmos que se adotam no levantamento em exercício aberto, e essas particularidades devem ser levadas em conta tanto no desenvolvimento da ação fiscal como no tratamento tributário a ser dispensado na análise dos resultados obtidos, após a conclusão dos levantamentos.

A situação presente nos autos (concomitância de omissões de entradas com as omissões de saídas) é abordada nos artigos 12 e 13:

“Art. 12. Detectando-se, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, omissão tanto de entradas como de saídas, a análise dos elementos e a adoção das providências fiscais recomendáveis nessas circunstâncias deverão ter em vista as disposições formuladas nos artigos anteriores desta Portaria.

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas com a multa correspondente, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas”;

Ou seja: foram apuradas no mesmo período, omissões tanto de entradas, quanto de saídas de mercadorias, o que, na forma da determinação ali contida, ensejou que fosse inicialmente lançado na infração o maior valor apurado, ou seja a omissão de saídas, abordada no artigo 4º da referida Portaria:

“Art. 4º A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita”.

Quanto a isso, não remanesce qualquer dúvida, sendo, pois, pacífico o entendimento para tal infração.

Os resultados apurados são suficientes como comprovação de que as mercadorias saíram sem emissão de notas fiscais, e conseqüentemente, sem tributação, o que dá a necessária e devida sustentação ao lançamento realizado.

De acordo com a legislação acima posta e entendimento já sedimentado neste CONSEF, a constatação de omissão de saídas de mercadorias, seja real ou presumida, apurada mediante a aplicação do roteiro de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

O fato de inicialmente a omissão de saídas ter se alterado para omissão de entradas, em um dos exercícios auditados, passa a ser presunção e se justifica, pelo fato de que as hipóteses legais para a adoção de presunção se encontram no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos informados por:

a) instituições financeiras;”

b) revogada;

c) “shopping centers”, centro comercial ou empreendimento semelhante”.

Assim, o procedimento fiscal que redundou no lançamento, pode ser resumido em uma fórmula das quantidades físicas de entradas e saídas de cada mercadoria no exercício, bem como daquelas existentes nos estoques inicial e final (estoque inicial + entradas – estoque final = saídas reais), sendo que o resultado da equação deve ser comparado com as quantidades da mesma mercadoria saídas do estabelecimento por meio de notas fiscais, a fim de se verificar a ocorrência, ou não, de diferenças nas entradas ou nas saídas de mercadorias.

Daí podemos ter três resultados: se for zero, inexistem diferenças; se positivo, verifica-se omissão de saídas; caso negativo há omissão nas entradas de mercadorias.

O exame, pois, demandaria apenas e tão somente, análise do aspecto material, vez se tratar de questão eminentemente fática, e conseqüentemente, necessitar da produção da necessária e essencial prova por parte do autuado, no sentido contrário aos dados numéricos de entradas, saídas e saldos apresentados pelo autuante, todos retirados da EFD do contribuinte.

Como visto em momento anterior, o levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado, é um resultado aritmético, e como consequência, fruto de aplicação de uma

equação matemática, o que minimiza a ocorrência de erros, registrando ter a empresa recebido os demonstrativos elaborados ao curso da autuação.

A resolução da lide, em tal situação, depende apenas e tão somente de análise da verdade material, princípio basilar no processo administrativo fiscal, a qual foi buscada no feito.

Assim, frente ao resultado apurado, em procedimento que seguiu estritamente a legislação relativamente aos procedimentos no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, o qual possui característica eminentemente objetiva, e específica.

Quanto aos elementos de fato trazidos em sede de impugnação, o autuante, quando da informação fiscal prestada revisou o procedimento, atendendo às ponderações defensivas apresentadas, acolhendo-os quanto a duplicidade de lançamento de entrada para as mercadorias com código 34090, 40443 e 59281, realizando o expurgo das mesmas, e o resultado apurado foi alterado para omissão de entradas que passaram a ser superiores às omissões de saídas, resultando em débito apurado de R\$1.084,65, de acordo com os novos demonstrativos anexados, para o exercício de 2015.

Para o exercício de 2016 acolheu a solicitação para não considerar os CFOP 5949 e 6949 no levantamento de estoques, tendo, ainda, desconsiderado os CFOP 1949 e 2949, incluído o CFOP 1915 e 2920, e por extensão o CFOP 5916 no levantamento de estoque, tendo, em tal exercício apurado novo valor, na forma dos demonstrativos acostados à fl. 333, resultando em omissão de R\$3.290,37, o qual acolho.

A repetição por parte do sujeito passivo, dos argumentos inicialmente postos, ainda que acolhidos pelo autuante logo na sua primeira intervenção processual, se apresenta, pois, como equivocada, diante da perda do objeto de pedir pelo atendimento de suas arguições.

Logo, me alinhando aos dados e levantamentos elaborados pelo autuante, os quais tenho como corretos, inclusive com a mudança da omissão de saídas para omissão de entradas, bem como a aplicação do índice de perdas quanto as saídas, tenho a infração como parcialmente subsistente no valor de R\$ 4.375,02, na forma demonstrada à fl. 333:

2015 R\$1.084,65 Multa de 100%

2016 R\$3.290,37 Multa de 100%

Observe que apesar de o autuante ali indicar as infrações 04.05.08 e 04.05.09, as mesmas não podem ser inseridas na autuação, por não constarem do lançamento original, sendo necessária e recomendável a realização de lançamento adicional para cobrança de tais valores, respeitado o prazo decadencial.

Pelos expostos motivos, tenho o lançamento como procedente em parte, no valor de R\$42.419,20, de acordo com a seguinte demonstração:

Infração 01 -01.02.05 R\$ 1.416,02 Multa de 60%

Infração 02 -01.02.415 R\$ 916,44 Multa de 60%

Infração 03 -03.02.04 R\$ 30.065,13 Multa de 60%

Infração 04 -04.02.05 R\$ 2.181,02 Multa de 60%

Infração 05 -05.02.02 R\$ 4.375,02 Multa de 100%

Infração 06 -06.01.02 R\$ 2.846,89 Multa de 60%

Infração 07 -07.15.02 R\$ 618,68 Multa de 60%

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269141.0011/19-6**, lavrado contra **BIG ELETRO COMÉRCIO DE UTILIDADES E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o contribuinte a recolher ICMS no valor de **R\$42.419,20**, acrescido das multas de 60%

sobre R\$38.044,18 e de 100% sobre R\$4.375,02, previstas no artigo 42, inciso II, alíneas “a” e “d” e III da Lei 7.014/96, dos acréscimos legais, devendo o órgão competente homologar os valores recolhidos.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 15 de setembro de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

JOSÉ ADELSON MATTOS RAMOS - JULGADOR