

PROCESSO	- A. I. N° 207098.0003/20-4
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- SUZANO S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JJF nº 0106-01/22-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- INTERNET: 28/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0353-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração reconhecida. 3. 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 através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base 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. Refeitos os cálculos pelo próprio Autuante no cumprimento de diligência. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente procedente. **b)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS E, CONSEQUENTEMENTE, SEM O RESPECTIVO LANÇAMENTO NA ESCRITA FISCAL, DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Por não se tratar de exigência do imposto com base em presunção, portanto, descabe a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, conforme procedido pelo Autuante, que elaborou novos demonstrativos sem aplicação da proporcionalidade. Contudo, considerando que o valor originalmente exigido no Auto de Infração não pode ser modificado para agravar a infração, cabível a exigência originalmente apontada e observância ao disposto no Art. 156 do RPAF/99. Infração procedente. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO IMOBILIZADO E DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração subsistente. Indeferido o pedido de diligência. Não acolhida a nulidade arguida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVADO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2020, no valor de R\$ 878.026,91, em razão das seguintes irregularidades, sendo objeto do Recurso somente a Infração 03:

Infração 01 - 01.02.39: Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documentos fiscais, nos meses de maio, julho, setembro e novembro de 2018, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.805,82, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 02 – 02.01.03: Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de janeiro, março, maio, julho, novembro e dezembro de 2018 e março e abril de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 10.991,04, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96. Infração foi reconhecida e não é objeto do Recurso de Ofício.

Infração 03 – 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 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, nos exercícios de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 837.018,22, 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 do Recurso de Ofício.

Infração 04 – 04.05.11: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios de 2018 e 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 16.713,77, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “e”, da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 – 06.05.01: Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo e/ou consumo do próprio estabelecimento, nos meses de abril, setembro, outubro e dezembro de 2018, junho, outubro a dezembro de 2019, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 11.498,06, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96.

A 1ª JJF decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração, em decisão unânime, mediante o Acórdão nº 0106-01/22-VD (fls. 342 a 356), com base no voto a seguir transcrito:

“Vera o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de cinco infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, sendo que as infrações 01 e 02 foram reconhecidas e as infrações 03, 04 e 05 impugnadas.

Inicialmente, cumpre consignar que não vislumbro no lançamento de ofício em exame qualquer vício ou falha que o inquira de nulidade. A alegação do impugnante no sentido de que, a teor do art. 142 do CTN, para que se tenha um lançamento válido é imperioso concluir pela necessidade de restar comprovada a ocorrência do fato gerador do imposto exigido, sob pena de ser referido lançamento absolutamente nulo, não é aplicável ao presente caso.

Verifica-se que as infrações estão claramente descritas no Auto de Infração, identificando-se sem sombra de dúvida a data de ocorrência, o fato gerador, a base de cálculo, a alíquota aplicada, o valor do imposto exigido. Os demonstrativos/planilhas elaborados pelo autuante discriminam com clareza todos os elementos necessários e indispensáveis à compreensão sobre cada matéria tratada na autuação. O direito à ampla defesa e ao contraditório pode ser exercido plenamente, registre-se, conforme foi exercido pelo impugnante na sua Impugnação inicial e Manifestações posteriores, o que inclusive resultou na redução do valor do débito atinente às infrações 03 e 04 que foram objeto de impugnação.

Por certo que os erros identificados pelo impugnante, a exemplo de consideração de Nota Fiscal que não foi aceita pela Fazenda do Estado da Bahia; consideração da mesma Nota Fiscal em duplicidade; consideração de saída em duplicidade em caso de operações triangulares, dizem respeito ao mérito. A alegação defensiva de que o autuante promoveu a cobrança de ICMS-ST, em plena desconformidade com a legislação de regência não procede.

Quanto ao pedido de realização de diligência, considero desnecessária a realização de uma nova diligência, haja vista que esta Junta de Julgamento Fiscal, na busca da verdade material, converteu o feito em diligência, a fim de que o autuante revisasse o levantamento atinente às infrações 03 e 04, inclusive com intimação ao autuado para que apresentasse em sua totalidade as suas alegações de erros, haja vista que alegara apenas por amostragem. O trabalho revisional foi feito pelo autuante, o que culminou na redução do valor do débito, conforme será visto no exame de mérito.

Entretanto, cabe fazer um registro no tocante à segunda diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal - corretamente observado pelo autuante em sua última manifestação de se tratar da mesma diligência solicitada em 29/01/2021 - haja vista que, efetivamente, houve um equívoco incorrido pela Secretaria desta Junta de Julgamento Fiscal ao imprimir e acostar aos autos referida diligência, em vez de imprimir e acostar



aos autos a nova diligência encaminhada para impressão. Por certo que referido equívoco pode ser atribuído ao momento tormentoso provocado pela pandemia do COVID.

Contudo, cabe também registrar que o propósito da nova diligência foi no sentido de que fosse cientificado o autuado do resultado do trabalho revisional apresentado pelo autuante no cumprimento da primeira diligência, haja vista que não constava nos autos a comprovação de que isto teria ocorrido. Ou seja, o sentido da diligência foi para que se desse ciência ao autuado do resultado do trabalho revisional levado a efeito pelo autuante, o que já constava na primeira diligência e não fora observado pela repartição fazendária.

Portanto, pode ser dito que o equívoco acima referido não resultou em qualquer prejuízo processual, especialmente quanto ao direito à ampla defesa e ao contraditório do Contribuinte.

Relevante observar que o ilustre Auditor Fiscal autuante, acertadamente, ao ter constatado que o autuado não tomara ciência da última Informação Fiscal, no intuito de assegurar o legítimo direito de defesa do autuado, sugeriu à CPAF da DATAMETRO que adotasse os procedimentos para científicação do autuado sobre a Informação Fiscal e os novos demonstrativos que elaborou acostados aos autos.

A recomendação do autuante foi cumprida, conforme intimação ao autuado para recebimento da Informação Fiscal sobre a Manifestação de fls. 332 a 334 e CD-R com a documentação produzida na Informação Fiscal elaborada pelo autuante, em atendimento à diligência solicitada pelo CONSEF.

Importante também destacar que, apesar de cientificado, conforme ciência da Intimação de fl. 337 dos autos, o autuado não se manifestou.

Portanto, com fundamento no art. 147, I, "a", do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, indefiro o pedido de diligência.

No mérito, conforme consignado acima, o impugnante reconheceu as infrações 01 e 02, inclusive efetuando o pagamento do valor do débito exigido, o que confirma o acerto da autuação, sendo, desse modo, ambas subsistentes, devendo ser homologado o pagamento efetuado pelo autuado com a consequente extinção do crédito tributário.

No tocante às infrações 03 e 04, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, o impugnante alega a existência de equívocos decorrentes de NOTA FISCAL EM DUPLICIDADE; CONSIDERAÇÃO EM DUPLICIDADE DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM VENDAS TRIANGULARES; SAÍDA NÃO CONSIDERADA.

Conforme consignado pelo autuante os trabalhos de Auditoria Fiscal que resultaram na lavratura do Auto de Infração em tela, foram respaldados nos arquivos eletrônicos informados pelo autuado, contendo os lançamentos da sua Escrituração Fiscal Digital - EFD, bem como nos Documentos Fiscais eletrônicos – NFe, emitidos e recebidos pelo autuado no período auditado, tudo em estrita observância às normas tributárias vigentes, notadamente no tocante ao art. 249 do RICMS/BA, que estabelece expressamente que o Contribuinte obrigado ao envio da EFD deve observar o Ajuste SINIEF 02/09 e as especificações técnicas do leiaute do arquivo digital previsto no Ato COTEPE/ICMS nº 09/08 e no Guia Prático da EFD-ICMS/IPI.

Quanto ao roteiro de Auditoria de Estoque foi respaldado também na Portaria 445/98 e na Instrução Normativa de nº 56/2007.

No tocante às alegações defensivas atinentes aos erros apontados, constato que o autuante quando procedente acolheu acertadamente as alegações defensivas, conforme explicações que consigno abaixo:

NOTAS FISCAIS EM DUPLICIDADE

Neste item da alegação defensiva coaduno com o entendimento do autuante no sentido de que, o Anexo IV G da infração 03, componente do levantamento quantitativo de estoque, cuja integralidade encontra-se gravada no CD anexado aos autos à fl. 40, as repetições das notas fiscais ocorrem porque em cada nota fiscal pode conter mais de um item de mercadoria selecionada para o levantamento.

Constato que o exemplo aduzido pelo autuante atinente à Nota Fiscal nº 69974 - mencionada pelo impugnante -, no sentido de que referido documento fiscal contém quatro itens de mercadorias que foram selecionadas no levantamento, de fato, procede.

Do mesmo modo, o exemplo referente à Nota Fiscal nº. 69966 - que o impugnante alega encontrar-se repetida três vezes no levantamento -, assiste razão ao autuante quando diz que na referida Nota Fiscal consta três itens de mercadorias que foram selecionadas no levantamento, no caso: PSFM056 F C BR 0660X0960 CO 00500 02 080; PSFM056 F C BR 0660X0880 CO 00500 02 080 e PSFM090 F C BR 0660X096- CO.

O autuante observou que o autuado utilizou em sua planilha uma descrição codificada dos itens de mercadorias citadas como exemplo, diversamente da descrição da mercadoria utilizada, conforme apresenta.

Efetivamente as razões acima aduzidas permitem constatar que assiste razão ao autuante no tocante a este item da alegação defensiva, haja vista que não restou comprovado que houve consideração de notas fiscais em

duplicidade no levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias realizado.

SAIDAS NÃO CONSIDERADAS

No tocante à esta alegação defensiva, observo que assiste razão ao autuante quando diz que a Nota Fiscal nº 66151 foi considerada, sim, no levantamento porque se tratou de uma comercialização para um cliente habitual, tendo os itens de mercadorias constantes no referido documento fiscal considerados no levantamento, conforme tela que apresenta sistema de auditoria – Opção de exibição: Notas Fiscais de saídas consideradas no levantamento (recorte) e cópia do DANFE da referida nota fiscal.

De fato, assiste razão ao autuante, não procedendo esta alegação defensiva.

VENDAS TRIANGULARES

No tocante a esta alegação defensiva, observo que o autuante esclareceu que após verificação realizada atinente as notas fiscais aduzidas pelo impugnante, constatou que, de fato, se trata de operações de remessa com CFOPs 5.923 e 6.923, tendo elaborado novo levantamento excluindo os referidos CFOPs, nos exercícios de 2018 e 2019, resultando em novos demonstrativos que foram acostados aos autos, a partir da fl. 252, assim como elaborou novo Demonstrativo de Débito, também anexado aos autos.

Observo que agiu acertadamente o autuante ao acolher esta alegação defensiva.

DIVERGÊNCIAS SOBRE OMISSÃO DE ENTRADAS

*Relativamente a esta alegação defensiva, observo que o autuante consignou que da forma como elaborada e apresentado pelo autuado os cálculos constantes de sua planilha, não pode acentuar se houve algum equívoco ou levantamento quantitativo realizado, exceto quanto ao item “**Consideração de Vendas Triangulares**”, cujas alegações defensivas foram acatadas, o que implicou no refazimento do levantamento com a exclusão dos CFOPs das operações de remessas, sendo acostados aos autos os novos levantamentos e demonstrativos pertinentes.*

Verifico que o autuante, corretamente, reconheceu e acolheu todas as alegações defensivas consideradas pertinentes, conforme explanado acima, o que resultou na redução do valor do débito, conforme novos demonstrativos que elaborou, acostado às fls. 253 a 302 dos autos.

Diante disso, acorde com o resultado apresentado pelo autuante, considero a infração 03 parcialmente procedente no valor histórico total de R\$ 595.352,08, conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, passando o Demonstrativo de Débito a ter seguinte conformação:

Infração 03 – 04.05.05

<i>Data de Ocorrência</i>	<i>ICMS devido (R\$)</i>
<i>31/12/2018</i>	<i>337.089,52</i>
<i>31/12/2019</i>	<i>258.262,56</i>
<i>TOTAL</i>	<i>595.352,08</i>

No tocante à infração 04, por não se tratar de exigência do imposto com base em presunção, portanto, descabrer a aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº. 56/2007 - conforme procedido pelo autuante - esta Junta de Julgamento Fiscal solicitou em diligência que o autuante elaborasse novos demonstrativos/planilhas sem aplicação da proporcionalidade.

O autuante cumpriu a diligência. Elaborou novos demonstrativo/planilhas sem aplicação da proporcionalidade, o que resultou na apuração do ICMS devido no valor histórico total de R\$ 56.573,24.

Ocorre que sendo o valor histórico originalmente exigido no Auto de Infração no total de R\$ 16.713,77, não há como modificar o lançamento para agravar a infração, sendo, neste caso, aplicável a disposição do art. 156 do RPAF/BA/99:

Art. 156. Ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal.

Diante disso, a infração 04 é procedente no valor histórico total de R\$ 16.713,77, devendo a autoridade competente instaurar novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário remanescente.

No que tange à infração 05, observo que o impugnante alega que sempre seguiu as diretrizes do pagamento do imposto adicional, em total conformidade com a Emenda Constitucional n. 87/2015, contudo foi surpreendido com a exigência desses valores, a título de ICMS-DIFAL.

Afirma que ao analisar a exigência em questão, verificou que com a edição das Leis nºs. 13.373/2015 e 13.816/2017, o Estado da Bahia acabou criando uma nova base de cálculo para o ICMS-DIFAL, diferente daquela sob a qual deve incidir o ICMS devido ao Estado de origem dessa mesma operação.

Sustenta que a Fazenda Estadual da Bahia ignorou a unicidade do imposto para toda a nação e acabou

instituindo nova base de cálculo para o ICMS-DIFAL, o que implica na existência de duas bases de cálculo distintas para uma mesma operação interestadual, o que diz ser absurdo.

Assevera que a cobrança da DIFAL promovida pelo Estado da Bahia extrapola os limites legais previstos na legislação, de sorte que tal cobrança não pode prosperar, por nítida afronta aos ditames constitucionais.

Certamente que esta Junta de Julgamento Fiscal encontra um óbice intransponível à apreciação das alegações defensivas, em face ao que dispõe o art. 167, I e III, do RPAF, no sentido de que, não compete a este órgão julgador administrativo apreciar matéria atinente à constitucionalidade ou negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de constitucionalidade;

[...]

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim sendo, a infração 05 é subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, ficando as infrações conforme abaixo:

INFRAÇÃO	DECISÃO	V. LANÇADO (RS)	VALOR JULGADO	MULTA
01 - 01.02.39	RECONHECIDA	1.805,82	1.805,82	60%
02 - 02.01.03	RECONHECIDA	10.991,04	10.991,04	60%
03 - 04.05.05	PROCEDENTE EM PARTE	837.018,22	595.352,08	100%
04 - 04.05.11	PROCEDENTE	16.713,77	16.713,77	60%
05 - 06.05.01	RECONHECIDA	11.498,06	11.498,06	60%
TOTAL		878.026,91	636.360,77	“

A 1ª 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.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir imposto e multa em decorrência de 5 (cinco) infrações, sendo objeto deste Recurso apenas a Infração 03, referente à 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques nos exercícios de 2018 e 2019.

Verifico 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 de R\$ 530.939,42, conforme extrato (fl. 358), montante superior a R\$ 200.000,00, estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

Constatou que a desoneração perpetrada decorreu da revisão do demonstrativo, em sede de diligência efetuado pelo próprio Autuante, quando foi verificado que assistia razão ao Autuado em parte das suas alegações apresentadas em sua impugnação, notadamente no que se referia à consideração de saídas em duplicidade nas operações de remessa de mercadorias nas vendas triangulares, realizadas com os CFOPs 5.923 e 6.923, em ambos os exercícios de 2018 e 2019.

Foram elaborados novos demonstrativos, excluindo as operações realizadas com os referidos CFOPs 5.923 e 6.923, resultando na redução do valor total devido nesta Infração 03 de R\$ 837.018,22 para R\$ 595.352,08, sendo R\$ 337.089,52 para o exercício de 2018 e R\$ 258.262,56 para o exercício de 2019.

A Decisão recorrida consignou que o Autuado foi cientificado do resultado da Diligência, mas se manteve silente, assim como também foi comunicada do resultado do julgamento e não interpôs Recurso Voluntário.

Realmente, as operações de vendas triangulares resultam em 2 (duas) emissões de notas fiscais de

saídas que, se não observadas corretamente, pode resultar em erros no levantamento quantitativo de estoques, o que efetivamente ocorreu no presente caso.

Sendo assim, devem ser excluídos os CFOPs que não constituam efetivas saídas de produtos, no caso em tela, deveriam ter sido excluídas as notas fiscais com os CFOPs 5.118, 5.119, 6.118 e 6.119, mas, esta é uma questão conceitual que, na prática, não afeta o resultado do levantamento quantitativo de estoques, já que o importante é que as entradas e saídas não sejam computadas em duplicidade.

Diante do exposto, repto correta a Decisão recorrida e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Destaco que na Decisão recorrida foi recomendado à autoridade competente analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário remanescente em relação à Infração 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 207098.0003/20-4, lavrado contra SUZANO S.A., devendo ser intimado o recorrido, para efetuar o pagamento do imposto no valor de total R\$ 636.360,77, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 41.008,69 e 100% sobre R\$ 595.352,08, previstas no Art. 42, incisos II, alíneas “a”, “e” e “f”, III, “g” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se à autoridade competente analisar a possibilidade de instaurar novo procedimento fiscal para exigência do crédito tributário remanescente em relação à Infração 04.

Sala Virtual das sessões do CONSEF, 18 de novembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

MARCELO MATTEDI E SILVA - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS