

PROCESSO - A. I. Nº 207098.0001/20-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PAMPLONA ALIMENTOS S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4º JJF nº 0177-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 29/12/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0390-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR NÃO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Razões de defesa elidiram totalmente a acusação. Infração insubsistente 2. RECOLHIMENTO A MENOS. APLICAÇÃO DE ALÍQUOTA DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. Razões de defesa elidem em parte a autuação. Refeito o demonstrativo de débito em sede de Informação Fiscal. Item subsistente parcialmente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 3.1 MERCADORIAS TRIBUTADAS NORMALMENTE. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, diferenças tanto de saídas como de entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. 3.2. MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÃO DE ENTRADA. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. b) RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO EM FUNÇÃO DO VALOR ACRESCIDO. Exigências parcialmente subsistentes, após revisão fiscal efetuada pelo autuante. Infrações parcialmente subsistentes. 4. OMISSÃO DE SAÍDAS. a) IMPOSTO PRÓPRIO DEVIDO PELO SUJEITO PASSIVO. b) IMPOSTO DEVIDO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigências parcialmente subsistentes, após revisão fiscal efetuada pelo autuante. Infrações parcialmente subsistentes. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto pela Fazenda Pública Estadual, em razão do acórdão proferido pela 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 20/03/2020, exige ICMS, no valor de R\$ 430.625,33, em razão da constatação dos seguintes fatos objeto do presente recurso:

Infração 01 - 01.02.39 - “Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is)”. **Valor exigido:** R\$ 1.022,62.

Em complemento consta a seguinte informação: “Referente a utilização de crédito fiscal do ICMS destacado no documento fiscal, conforme demonstrativo constante no Anexo II e cópia de Notas Fiscais eletrônicas (DANFEs) anexos, referente ao exercício de 2016.

Infração 03 – 03.02.02 - Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. **Valor exigido:** R\$ 14.563,65.

Em complemento consta a seguinte informação: O contribuinte emitiu notas fiscais regularmente escrituradas com aplicação de alíquota menor do que a prevista na legislação, conforme demonstrativo constante no Anexos III e IV, e cópia de Notas Fiscais eletrônicas (DANFEs) anexos, referente aos exercícios de 2016 e 2017.

Infração 04 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documento fiscal, sem respectiva escrituração decorrente da falta de

registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, no exercício de 2017. **Valor do imposto:** R\$ 260.682,07, acrescido da multa de 100 %, prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 05 - 04.05.04 - Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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 por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2015.

Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se detalhados nos Anexo VI, referente ao exercício de 2015, cujas cópias dos mesmos foram entregues ao representante legal o estabelecimento em mídia tipo CD- ROM, mediante Aviso de Recebimento (AR), sendo que idêntica mídia também encontra-se anexada ao presente Auto de Infração. Vale ressaltar que o levantamento quantitativo de estoque com realizado de acordo com a metodologia consignada nos artigos 13 e 14 da Portaria nº 445/98 e de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007”. **Valor do imposto:** R\$ 22.744,75, acrescido da multa de 100 %, prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 06 – 04.05.08 - “Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se detalhados nos Anexo VII e VIII, relativamente ao exercício de 2017. Tais demonstrativos encontram-se gravados em mídia CD-R, entregues ao contribuinte mediante Aviso de Recebimento (AR), sendo que idêntica mídia também encontra-se anexada ao presente Auto de Infração. Vale ressaltar que o levantamento quantitativo de estoque com realizado de acordo com a metodologia consignada nos artigos 13 e 14 da Portaria nº 445/98 e de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007”.

Valor do imposto: R\$ 123.653,32, acrescido da multa de 100 %, prevista pelo Art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96.

Infração 07- 04.05.09- “Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida 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, em exercício fechado”.

Os demonstrativos que fundamentam esta infração encontram-se detalhados nos Anexo IX e X, relativamente aos exercícios de 2015 e 2017. Tais demonstrativos encontram-se gravados em mídia CD-R, entregues ao contribuinte mediante Aviso de Recebimento (AR), sendo que idêntica mídia também encontra-se anexada ao presente Auto de Infração. Vale ressaltar que o levantamento quantitativo de estoque com realizado de acordo com a metodologia consignada nos artigos 13 e 14 da Portaria nº 445/98 e de acordo com a Instrução Normativa nº 56/2007”.

Valor do imposto: R\$ 6.872,50, acrescido da multa de 60 %, prevista pelo Art. 42, inciso II, alínea “d” da Lei nº 7.014/96.

O autuado ingressa com defesa, fls. 12 a 21.

O fiscal autuante se manifesta nos autos, alegando que os trabalhos de Auditoria Fiscal que resultaram na lavratura do Auto de Infração em tela, foram respaldados na Escrituração Fiscal Digital - EFD, bem como nos Documentos Fiscais eletrônicos – NF-e, emitidos e recebidos pelo autuado no período auditado.

Em relação às infrações 4 a 7, explica que foram lastreadas no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias realizado nos exercícios de 2015 a 2017.

Ressalta o autuante que diferentemente do que afirma a autuada, a emissão das notas fiscais de remessa de mercadorias para o armazém efetuadas pela autuada não obedeceu às regras contidas no Capítulo XLVI, artigos 464 a 476 do Regulamento do ICMS – Decreto nº 13.780/12.

Diz o autuante que tanto as notas de remessa quanto as de retorno para o armazém foram lançadas com destaque do ICMS, sob código fiscal de operação nº 5905 - Remessa para depósito fechado ou armazém-geral e nº 1906 - Retorno de mercadoria remetida para guarda em depósito

fechado, respectivamente.

Explica o autuante que nenhum prejuízo foi causado a autuada, pelo contrário, uma vez que a autuada considerou as operações de saídas de mercadorias para armazenagem e seu consequente retorno, como operações tributadas, errado estaria o levantamento fiscal se não fossem considerados os estoques de mercadorias tanto em poder da autuada quanto em poder de terceiros, no caso, na empresa de armazenagem, o que implicaria na glosa dos créditos fiscais lançados.

Esclarece o autuante quanto as notas complementares que a autuada emitiu no exercício de 2017 quatro notas fiscais de Complemento de Preços, conforme tela que colou, extraída de sua EFD (recorte), onde se observa que a autuada adotou como codificação para sua operação de complemento de preços, o código 45654, código este que não foi incluído no levantamento quantitativo de estoque. As notas fiscais emitidas não fazem nenhuma referência ao item de mercadorias que está tendo seu preço complementado, conforme recorte da NF 2926 que acosta ao PAF.

Salienta o autuante que o levantamento é quantitativo e não valorativo e a circunstância apontada pela autuada não provoca nenhuma interferência nos resultados obtidos.

Informa o autuante em relação ao item 1659 - Bisteca Suína congelada, que de fato houve um erro por parte da autuada, embora esta tenha indicado o fator de conversão correto do item (CXA para KG) em sua EFD. Desta forma, excluiu do levantamento de estoque o item 1659, face ao erro da autuada.

Todavia, este item de mercadoria não consta do Demonstrativo da Omissão de Saídas Maior do que a de Entradas 2017, constante do Anexo V, do Auto de Infração em questão, conforme relatório anexado à fl. 8. Portanto, diz que não há nada mais a acrescentar.

Na situação do item 1659 - Bisteca Suína congelada, inicialmente comentado pela autuada, muito embora tenha afetado o resultado do levantamento de estoque, efetivamente foi demonstrado o erro da quantidade resultante da aplicação do fator de conversão em dobro.

Em relação à Infração 08, a autuada entende que de fato houve equívoco quando da emissão das notas fiscais que deram origem à infração, razão pela qual reconhece como devida a importância de R\$ 625,09 (seiscentos e vinte e cinco reais e nove centavos).

Acrescenta que a autuada informa que no prazo de apresentação desta defesa efetuará o pagamento das importâncias que reconhece como devidas, quais sejam, R\$ 9.448,24 (nove mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e vinte e quatro centavos) relativos à infração 03 - 03.02.02 e R\$ 625,09 (seiscentos e vinte e cinco reais e nove centavos) relativos a infração 08 - 06.05.01.

Diz o autuante que acatou integralmente os argumentos apresentados pela autuada, relativamente às infrações 01, referente ao exercício de 2016, e considerando a precariedade das alegações e das comprovações apresentadas pela autuada quanto às infrações 02 a 08, opina pela procedência parcial, conforme novo Demonstrativo de Débito (Anexo XII - fl. 46) (débito histórico) passará de R\$ 430.625,33 (quatrocentos e trinta mil, seiscentos e vinte e cinco reais e trinta e três centavos) para R\$ 429.602,71 (quatrocentos e vinte e nove mil, seiscentos e dois reais e setenta e um centavo).

A autuada se manifesta às fls. 50 a 55.

O autuante se manifesta às fls. 114 a 120. Em relação as infrações, 04, 05, 06, 07 diz que analisando as informações complementares aos argumentos já apresentados na sua Defesa chegou as seguintes conclusões:

Saldo de estoque em posse de terceiros: Justifica o autuante que a autuada poderia ter escriturado as mercadorias em retorno da empresa Água Viva Armazenamento e Logística Ltda., e Logmaster Logística Integrada Ltda., com as notas fiscais emitidas pelas mesmas, uma vez que estas estão obrigadas a emissão de documentos fiscais eletrônicos. Não obstante, e diante das

novas informações apresentadas pela autuada em sua Manifestação, refez o levantamento quantitativo de estoque excluindo do mesmo as remessas de mercadorias para as empresas de logísticas e o consequente retorno, considerando no inventário, tal como ocorreu no levantamento realizado originalmente, as mercadorias em poder da empresa e em poder de terceiros, conforme informado nas EFD da autuada.

Assim, constatou que nos exercícios de 2015 e 2016 não ocorreram omissões de entradas e/ou saídas de mercadorias tributadas, ao passo que no exercício de 2017 constatou omissão de saídas de mercadorias tributadas maior do que a de entradas, no valor de R\$ 254.391,11, conforme demonstrativos constantes do Anexo XII deste PAF.

Considerando que o valor da infração correlata nº 04, do auto de infração foi de R\$ 260.682,07, houve, portanto, uma redução de R\$ 6.290,96, conforme novo Demonstrativo de Débito, Anexo XV, à fl. 147 deste PAF.

Quanto às demais infrações apuradas no auto de infração que derivam do levantamento quantitativo de estoque, constante do auto de infração em tela, em decorrência do novo levantamento de estoque realizado passam a ter a seguinte configuração (vide quadro resumo abaixo), conforme demonstrativos anexados ao PAF sobre os números XII a XIV, fls. 122 a 146 e novo Demonstrativo de Débito.

Esclarece que a autuada em sua Defesa, apresentou como documentação comprobatória de suas alegações, 95 (noventa e cinco) notas fiscais de entradas, emitidas pelos clientes a título de complemento de ICMS (conforme CD anexado à defesa) que, segundo a mesma tiveram os referidos itens de mercadorias incluídos indevidamente no levantamento de estoque. Todavia, diferentemente do que informa a autuada, destas notas fiscais apresentadas, em 72 (setenta e dois) constam como descrição - NOTA FISCAL DE COMPLEMENTO DE ICMS, como código do item o dígito 1 e CFOP 5.949. Aduz o autuante que assim, como não foi incluído no levantamento fiscal o "item" de código 1 como também o referido CFOP 5.949, não procedem tais alegações. Quanto às demais 23 (vinte e três) notas fiscais, também apresentadas como prova, trata-se de notas fiscais de retorno de mercadorias armazenadas na empresa LOGMASTER LOGÍSTICA, com CFOP 5.906, cujo código fiscal de operação foi excluído do levantamento de estoque realizado, em decorrência da aceitação dos argumentos defensivos quanto às remessas e retornos de mercadorias para e do armazém geral. Desta forma, os autuantes acataram parcialmente os argumentos defensivos, devidamente considerados no item anterior.

Em relação à Infração 08, a autuada entende que de fato houve equívoco quando da emissão das notas fiscais que deram origem à infração, razão pela qual reconhece como devida a importância de R\$ 625,09 (seiscentos e vinte e cinco reais e nove centavos).

Diante das provas apresentadas pela autuada, o autuante concordou com o reconhecimento do item relativo a exclusão dos CFOPs de remessa e retorno de mercadorias para empresas de armazém geral (5.905 e 1.905), o que redundou na elaboração de novo levantamento quantitativo de estoque, cujos demonstrativos encontram-se anexados ao PAF, já referenciados acima e também na elaboração de novo Demonstrativo de Débito - Anexo XV, colacionado à fl. 147 deste processo.

O valor do débito (histórico) passou de R\$ 429.602,71 (quatrocentos e trinta mil, seiscentos e vinte e cinco reais e trinta e três centavos) para R\$ 270.099,88 (duzentos e setenta mil, noventa e nove reais e oitenta e oito centavos).

A empresa autuada volta a se manifestar às fls. 153 a 157.

O autuante se manifesta às fls. 264 a 267 e após fazer um resumo dos argumentos defensivos relativos à infração 03 diz que em relação a alegação da autuada de que houve erro no cálculo do valor do ICMS devido, a luz dos argumentos apresentados em sua última manifestação informa o seguinte:

Com relação ao exercício de 2016, efetivamente houve equívoco de sua parte quando da

preparação do quadro Resumo do débito para lançamento no auto de infração em questão. Reconhece que deve prevalecer os totalizadores mensais constantes do demonstrativo onde estão relacionadas as notas fiscais de vendas de mercadorias tributadas com a aplicação da alíquota zero, ressaltando que foram considerados os recolhimentos efetuados pela autuada no próprio exercício de competência.

Destaca que a autuada não contesta em sua manifestação o mérito da autuação, ou seja, reconhece que efetuou operações com mercadorias tributadas, a exemplo de linguiça calabresa, linguiça suína e charque, como se não tributada fosse, haja vista a aplicação de alíquota “zero”. Também observou nestes novos demonstrativos que a redução de base de cálculo considerado no levantamento foi alusiva à mercadoria charque, conforme previsão regulamentar vigente.

Desta forma, o valor total corrigido da infração nº 03, do auto de infração em lide, é R\$ 13.670,09 (treze mil, seiscentos e setenta reais e nove centavos), conforme novos demonstrativos anexados às fls. 268 a 275, nomeados como Anexos XVI e XVII. Assim, considerando que a autuada reconheceu e recolheu o valor de R\$ 9.448,24, o valor restante ora questionado nesta infração é de R\$ 4.221,85 (quatro mil, duzentos e vinte e um reais e oitenta e cinco centavos).

Quanto as infrações nº 06 - Código 04.05.08 e nº 07- Código - 04.05.09 diz que a autuada reconhece como devidas.

A infração 08 foi reconhecida pela autuada no valor de R\$ 625,09 (seiscentos e vinte e cinco reais e nove centavos), informando que já efetuou o recolhimento deste valor em 16/10/2020.

Sendo assim, diz que elaborou novo demonstrativo de débito, conforme Anexo XVIII, fl. 276, com a correção do valor relativo à Infração nº 03, por motivo de erro de transposição de valor do Demonstrativo da infração para o quadro Resumo do débito, agora corrigido.

A autuada se manifesta novamente nos autos e o autuante traz nova Informação Fiscal às fls. 294 a 297.

Sinaliza que desde sua primeira Informação Fiscal reconhece a improcedência da infração nº 01 – 01.02.39. Ressalta que a autuada reconheceu como parcialmente devida a infração nº 03 - 03.02.02 e integralmente a infração nº 08 - 06.05.01

Em 23/04/2021, a autuada apresentou Manifestação à Informação Fiscal, sobre a qual ofereceu a Informação Fiscal constante das fls. 264 a 277, deste PAF.

Diz o autuante que para não restar dúvidas sobre o resultado obtido com a revisão levada a efeito no roteiro de auditoria que culminou com a imputação desta infração, após consideração das razões de defesa apresentadas pela autuada, refez o levantamento com a exclusão dos itens charque e jerked beef, considerando as comprovações de recolhimento do ICMS de forma antecipada e chegou aos seguintes valores de ICMS não recolhidos: Exercício de 2016 – R\$ 12.115,98 e exercício de 2017: R\$ 1.208,43, totalizando R\$ 9.763,93 (treze mil, trezentos e vinte e quatro reais e quarenta centavos), conforme demonstrativos anexados às fls. 298 a 302 deste PAF.

Desta forma, considerando que a autuada já reconheceu e recolheu a importância de R\$ 9.448,24, entende que resta ainda devido o valor de R\$ 2.667,75 (dois mil, seiscentos e sessenta e sete reais e setenta e cinco centavos) Refeito novo Demonstrativo de Débito anexado à fl. 303 deste processo.

Na sessão de julgamento realizada em 15 de setembro de 2021, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu pela conversão do presente PAF em diligência à INFAZ de origem.

O autuante em atendimento a diligência, fls.367 a 368, diz que o autuado foi intimado através DTE em 14/02/2022, tendo tomado ciência em 15/02/2022 e atendido a mesma em 10/03/2022.

Em sua Manifestação, o autuado alega que cometeu um erro no preenchimento de sua Escrituração Fiscal Digital, especificamente no registro C170, registro que deve ser gerado para cada nota fiscal recebida ou emitida pelo contribuinte.

Para comprovação do lançamento incorreto de determinadas notas fiscal na EFD, o autuado

apresentou planilhas informando a quantidade incorreta do registro C170 e a quantidade correta consignada nas notas fiscais referenciadas, atinentes aos itens de mercadorias de códigos: 21286, 21285, 21711, 21712, 69, 21580, 823, 21576, 21724, 1791 e 21618.

Para atendimento da diligência, o autuado apresentou, por amostragem, as notas fiscais emitidas em cada período, por produto e a respectiva escrituração na EFD.

Informa o autuante que após análise das comprovações apresentadas pelo autuado, e tendo confrontado as informações constantes das planilhas elaboradas pelo mesmo com os lançamentos na EFD e com as informações contidas nas notas fiscais indicadas, concluiu que houve equívoco no lançamento das quantidades dos itens apontados nas planilhas no Registro C170 da EFD em consonância com as quantidades efetivamente constantes das notas fiscais emitidas, em referência aos itens apontados na Manifestação do autuado.

Constatou também que as diferenças que ocasionaram a omissão de saída dos itens aludidos correspondiam às diferenças provocadas pelo erro praticado pelo autuado.

Assim, efetuou a exclusão dos referidos itens de mercadorias, redundando em novo quadro de infrações, uma vez que, com a exclusão dos itens citados no levantamento, houve a inversão das omissões, passando a omissão de entrada de mercadorias tributadas apresentar-se maior do que a omissão de saída originalmente apurada.

O autuante elaborou novo Demonstrativo de Débito, conforme anexos às fls. 370 a 400 deste PAF.

Às fls. 403 a 406 foi anexada nova manifestação do autuado onde afirma que o novo levantamento ainda se mostra equivocado em relação à infra nº 03 (código 03.02.02).

Às fls. 417 a 420 o autuante se pronuncia fazendo uma síntese da diligência por ele realizada em atendimento a esta JJF e diz que o autuado ao se manifestar se reporta ao levantamento fiscal relativamente à infração nº 03 (código 03.02.02) afirmando que ainda se mostra equivocado.

Faz uma síntese dos questionamentos do autuado e diz que efetivamente assiste razão ao mesmo, haja vista que na planilha apresentada constam as informações necessária que possibilitou a verificação no sistema de crédito da SEFAZ quanto a comprovação dos recolhimentos dos valores já anteriormente efetuado pelo autuado, bem como a indicação do número das notas fiscais de complemento que também foram confirmadas na sua EFD.

Desta forma, a infração 03 resultou ao final desta diligência no valor histórico de R\$ 9.990,01 (nove mil, novecentos e noventa reais e um centavo).

Quanto à demais infrações, considerando que não houve questionamento pelo autuado nesta sua última Manifestação, ratifica os termos da Informação Fiscal anteriormente prestada com a correção dos valores da Infração 03, conforme novo Demonstrativo de Débito anexado à fl. 421 do PAF.

A 4ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando **Procedente em Parte** o presente Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração sob análise foi lavrado em 20/03/2020 para exigir crédito tributário no montante de R\$ 430.625,33 em decorrência de 08 (oito) imputações, sendo que a infração 08 foi totalmente reconhecida como devida, razão pela qual julgo-a totalmente subsistente.

Assim, permanece em discussão as demais infrações, sendo que a infração 03 foi impugnada parcialmente, em razão do reconhecimento do débito no valor de R\$ 9.448,24.

A infração 01 diz respeito à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is).

A alegação defensiva é a de que a infração é totalmente indevida vez que as notas fiscais apontadas na infração se referem a complementos de ICMS, vinculados às notas fiscais de devoluções de vendas. Diz que as notas fiscais de devoluções foram emitidas com valor de ICMS menor do que o devido, razão pela qual foram emitidas notas fiscais complementares de ICMS.

O autuante acata o argumento defensivo informando que na sua grande maioria tratam-se de Notas Fiscais emitidas por clientes da atuada em operações de devolução, e que após análise de cada documento fiscal lançado no registro de Entradas pela atuada, observou que na maioria das Notas Fiscais de complemento de preços, houve de fato erro na base de cálculo nas notas fiscais de devolução.

Informa inexistir débito a ser imputado referente a infração 01, conclusão que acolho inteiramente, razão pela qual a Infração 01 é totalmente insubsistente.

Quanto à infração 02 que também se relaciona a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, porém em valor superior ao destacado em documento(s) fiscal(is), a tese defensiva é a de que trata-se de notas de devoluções de vendas, nas quais foi tributado o ICMS, porém, no registro de entrada do cliente não houve a apropriação do crédito respectivo.

Assim, nas notas de devoluções emitidas pelo cliente, não foi destacado o valor de ICMS em campo próprio, mas foi informado o valor de ICMS proporcional às mercadorias devolvidas em dados adicionais. Entende que o não destaque de ICMS está previsto no art. 292 do RICMS/BA,

O autuante ao se pronunciar destacou acertadamente que o sujeito passivo não observou as normas regulamentares para o creditamento do imposto, esclarecendo que somente através de documento fiscal, com devido destaque do imposto, emitido pelo seu cliente, propicia a possibilidade de utilização de crédito, conforme disposto no art. 309, § 6º do RICMS/BA:

“Art. 309. Constitui crédito fiscal de cada estabelecimento, para compensação com o tributo devido em operações ou prestações subsequentes e para fins de apuração do imposto a recolher, salvo disposição em contrário:

(....)

§ 6º Quando o imposto não estiver destacado no documento fiscal ou o seu destaque tiver sido feito a menos, a utilização do crédito fiscal restante ou não destacado ficará condicionada à regularização mediante emissão de documento fiscal complementar, pelo remetente ou prestador, vedada a utilização, para esse fim, de “carta de correção”.

Assim sendo a Infração 02 é totalmente subsistente.

A infração 03 diz respeito ao recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$ 14.563,65 em razão da aplicação da alíquota diversa da prevista na legislação, nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

O defendente reconhece parcialmente o débito no valor de R\$ 9.448,24, e apresenta planilhas indicando o valor que reconhece como devido totalizando o montante de R\$ 5.115,41.

O autuante inicialmente não concordou com os argumentos defensivos, entretanto, na terceira informação fiscal acolheu o argumento defensivo em relação as mercadorias Charque, Jerked Beef, considerando a comprovação do recolhimento do ICMS de forma antecipada e conclui pela redução do valor exigido de R\$ 14.563,65 para R\$ 13.324,42, conforme demonstrativo analítico de fls. 298 a 302 e de débito à fl.303.

Em nova manifestação, o defendente reconhece que de fato emitiu as notas fiscais informadas no levantamento analítico elaborado pelo autuante anteriormente citado, fl. 303, entretanto, assevera que foram emitidas notas fiscais de complemento de ICMS, no valor total de R\$ 3.621,78, conforme planilha que apresentou à fl. 40, acompanhadas das cópias dos respectivos documentos fiscais, fls. 407 a 410, restando um valor a recolher de R\$ 541,77.

O autuante mais uma vez se pronunciou dizendo assistir razão ao atuado tendo em vista que da planilha apresentada pelo defendente, constam as informações necessárias que lhe possibilitou a verificação no sistema de crédito da Sefaz quanto a comprovação dos recolhimentos dos valores já anteriormente efetuado pelo atuado, bem como a indicação do número das notas fiscais de complemento que também foram confirmadas na sua EFD.

Desta forma, diz que a infração 03 resultou ao final da diligência no valor histórico de R\$ 9.990,01 (nove mil, novecentos e noventa reais e um centavo).

Em assim sendo, acolho os ajustes efetuados pelo fiscal autuante pois de fato restou comprovada a emissão das notas fiscais de complemento de ICMS referente as notas fiscais apontadas pelo sujeito passivo, que tomou por base o levantamento efetuado pelo autuante, fl. 303. No entanto, embora tenha havido redução após ajustes, ao analisar a exigência do ICMS mês a mês, observo que no mês de novembro de 2016 foi apurado imposto a maior do que o atuado. Como neste momento o ICMS a ser exigido deve ser o lançado na ação fiscal, o montante a ser exigido no referido mês é mantido no valor de R\$ 90,37 e o total do débito a ser exigido importa no montante de R\$ 9.070,50, conforme a seguir demonstrado:

Data Ocorr.	ICMS A. Infração	ICMS I. Fiscal fl. 303	ICMS I. Fiscal fl. 421	ICMS Julgado
31/01/2016	13,26	13,26	13,26	13,26
31/03/2016	1.887,16	993,60	993,60	993,60

30/04/2016	3.139,34	2.071,44	2.071,44	2.071,44
31/05/2016	3.537,61	1.906,20	1.906,20	1.906,20
30/06/2016	1.246,00	723,60	723,60	723,60
31/07/2016	1.485,00	1.485,00	1.485,00	1.485,00
31/08/2016	284,40	284,40	284,40	284,40
30/09/2016	973,80	973,80	973,80	973,80
31/10/2016	0,00	1.006,74	0,00	0,00
30/11/2016	90,37	2.657,95	1.251,34	90,37
28/02/2017	1.287,06	0,00	63,36	63,36
31/03/2017	619,20	619,20	224,01	224,01
30/04/2020	0,00	589,23	0,00	0,00
Totais	14.563,20	13.324,42	9.990,01	8.829,04

Infração 03 Parcialmente Subsistente no valor de R\$ 8.829,04.

As infrações 04,05,06 e 07 são decorrentes de levantamento quantitativo de estoque, por espécie de mercadorias, em exercícios fechados e foram apuradas as seguintes situações:

- 1. omissão de entradas e saídas de mercadorias tributáveis, tendo recaído a exigência do imposto sobre o valor da omissão de maior expressão monetária, no caso o de saídas (infração 04);*
- 2. omissão de entradas de mercadorias tributáveis, sendo exigido o imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as mesmas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas (infração 05);*
- 3. omissão de entradas de mercadorias sujeitas à substituição tributária, sendo exigido o imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (infração 06) e o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo (Infração 07).*

As referidas infrações foram questionadas pelo sujeito passivo conjuntamente e assim serão também analisadas.

O autuado alegou que foram cometidos os seguintes equívocos pela fiscalização:

- 1. Saldo de estoque em posse de terceiros considerado no relatório como se fosse estoque próprio.*
- 2. Saldo inicial de estoque em posse de terceiros considerado estoque próprio.*
- 3. Inclusão no levantamento de notas fiscais complementares de ICMS;*
- 4. Erro de quantidade de item informado no Registro C170.*

Em relação a primeira reclamação (saldo de estoque em posse de terceiros considerado no relatório como se fosse estoque próprio) o defendente afirma que mantém parte de seu estoque em empresas especializadas em armazenagem de produtos refrigerados, conforme contratos firmados com as empresas Água Viva Armazenamento e Logística Ltda., e Logmastêr Logística Integrada Ltda. Entretanto a fiscalização considerou tais saldos de estoque, em posse de terceiros como se fosse saldo que estariam em seu poder.

Informa que os valores constantes no Bloco "H" da EFD, considerados pela fiscalização são saldos de estoque da autuada, existentes tanto em poder próprio quanto em posse de terceiros, sendo diferenciado no registro H010, onde há a indicação do CNPJ da empresa que está em posse daquela mercadoria.

Assevera que no momento que a mercadoria sai do armazém este emite nota fiscal de retorno de armazenagem e, em seguida a vendedora, no caso a autuada emite o documento de saída, zerando, assim o seu saldo de estoque em posse de terceiros.

Informa que na auditoria foi considerado como entrada a nota fiscal de retorno de armazenagem CFOP 1906, mais o saldo inicial em posse de terceiros informados na EFD, porém, as operações através do mencionado CFOP dizem respeito apenas a transferência de saldo em posse de terceiros para seu estoque.

O autuante após a terceira informação Fiscal elabora novos demonstrativos, com o que concordo, excluindo as remessas de mercadorias para as empresas de logísticas e seus retornos e mantém os estoques das mercadorias em poder da empresa e em poder de terceiros, conforme informado na EFDs e consequentemente não acata os argumentos indicados no item 2 acima (Saldo inicial de estoque em posse de terceiros considerado no relatório como se fosse estoque próprio).

No que diz respeito ao terceiro argumento (Inclusão no levantamento de notas fiscais complementares de ICMS) vejo que o autuante esclareceu que ditas operações se referem ao CFOP 5.949 e as mesmas não foram consideradas na auditoria, e consequentemente não podem ser excluídas do levantamento fiscal.

No que diz respeito ao argumento defensivo relativo ao item 4 - Erro de quantidade de item informado no Registro C170 sob o argumento de que informou no referido registro quantidades já convertidas e no levantamento quantitativo foi efetuada uma nova conversão, observo que na 1ª Informação Fiscal o autuante acatou o argumento defensivo em relação ao item 1659 - Bisteca Suína congelada, reconhecendo que de fato

houve o erro apontado pela autuada e opinou pela exclusão do referido item.

Ressaltou, entretanto, que este item de mercadoria não consta do Demonstrativo da Omissão de Saídas Maior do que a de Entradas_2017, constante do Anexo V, do Auto de Infração (infração 04) conforme relatório anexado à fl. 8.

Feitas as alterações acima comentadas, respaldadas através dos demonstrativos de fls. 122 a 141, conclui o autuante que nos exercícios de 2015 e 2016 não ocorreram omissões de entradas e /ou saídas de mercadorias tributadas, ao passo que em 2017 constatou omissão de saídas de mercadorias tributadas maior que as entradas. Consequentemente, o valor a ser exigido da infração 04 passa a ser de R\$ 254.391,11, ao passo em que inexistiu débito relacionado à infração 05. Quanto às infrações 06 e 07 foram apurados os valores de R\$ 53,36 e R\$ 5,34, conforme demonstrativo de fl. 146 e que a seguir copio:

Infração	Exercício	I. Fiscal fls. 146
4	2017	254.391,11
5	2015	0,00
6	2015	0,00
6	2017	53,26
7	2015	0,00
7	2017	5,34
Totais		254.449,71

Ocorre que o defendente nas posteriores manifestações reitera seu argumento defensivo, relacionado ao item “4 - Erro de quantidade de item informado no Registro C170” apontando todos os itens em que ocorreu o mencionado equívoco, conforme se observa à fl. 156 e informa estar anexando planilha em formato excel, denominada “NF Entrada com erro Qtdade” indicando analiticamente todas os itens e notas fiscais em que ocorreu a alegada irregularidade, informando as quantidades inseridas nos respectivos documentos fiscais e as informadas no Registro C170, fls. 206 a 214.

Após análise dos referidos documentos observo que de fato a nota fiscal de entrada 13744, emitida em 23/10/2017 apontada pelo sujeito passivo referente ao item 21576- Linguça calabresa diz respeito a devolução de 720 UNI que equivalem à 1.800,000 KG, pelo fator de conversão de 2,5.

Entretanto, no registro C170 foi informada a quantidade de 1.800 UN em vez de 720 UN. Nesse caso, no levantamento quantitativo de estoque foi aplicando o fator de conversão de 2,5 sobre a quantidade de 1.800,000, gerando uma entrada de 4.500,000 KG, conforme se verifica no demonstrativo “ANEXO V OMISSÃO DE SAIDAS NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS-2017”, fl. 40 elaborado pela fiscalização e inserido no meio magnético, anexado à fl. 24 do PAF, fato que como visto anteriormente reconhecido pelo próprio autuante.

Situação idêntica ocorreu em relação aos demais itens apontados pelo sujeito passivo na mencionada planilha, respaldada através das notas fiscais ali indicadas, cujas fotocópias encontram-se anexadas às fls. 171 a 205 e 215 a 260.

À luz do quanto acima exposto, o processo foi convertido em diligência para que o autuante tomasse as seguintes providências:

- 1) Intimasse o autuado para que efetuasse e apresentasse um levantamento, com base nas notas fiscais indicando a unidade de medida inserida no respectivo documento fiscal, mas que foram informadas incorretamente no registro C170 da EFD, devendo tal situação ser comprovada.
- 2) Que o levantamento contivesse, separadamente, cada produto, com a indicação correta da quantidade a ser considerada de acordo com os documentos fiscais, de forma individualizada, confrontando-a com o indicado no levantamento fiscal, apontando, ao final, por cada exercício as divergências apuradas.
- 3) Deveriam ser apresentadas e anexadas, por amostragem, exemplos mensais de notas fiscais emitidas em cada período e por produto.

O autuante no cumprimento da diligência informou que o sujeito passivo atendeu ao quanto solicitado e que após o confronto entre as informações constantes nas planilhas elaboradas pelo defendente, notas fiscais eletrônicas e os lançamentos na EFD concluiu ter havido equívoco nas quantidades informadas no Registro C170 da EFD e que serviu de base para a elaboração do levantamento quantitativo de estoque.

Além disso, constatou que as diferenças que ocasionaram a omissão de saídas dos itens correspondiam as diferenças ocasionadas pelo erro praticado pelo autuado, razão pela qual excluiu os referidos itens, resultando em inversão das omissões, passando a omissão de entrada de mercadorias tributadas a apresentar valor superior ao da omissão de saídas originalmente apurada. Assim as infrações 04, 05, 06, 07 passaram a ter a seguinte configuração:

Infração	Exercício	Auto de Infração	I. Fiscal fl. 146	Diligência fl. 399
4	2017	260.682,07	254.391,11	1.152,34

5	2015	22.744,75	0,00	0,00
6	2015	52.485,91	0,00	0,00
6	2017	71.167,41	53,26	17,13
7	2015	5.250,21	0,00	0,00
7	2017	1.622,29	5,34	1,72
Totais		413.952,64	254.449,71	1.171,19

Acato as alterações promovidas pelo autuante pois de acordo com as averiguações por ele efetuadas restaram comprovados os equívocos cometidos no levantamento inicial, indicados pelo sujeito passivo.

Dessa forma, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, a infração 05 é totalmente insubsistente e as infrações, 04, 06 e 07 parcialmente subsistentes nos valores de R\$ 1.152,34, R\$ 17,13 e R\$ 1,72, respectivamente.

Ante ao exposto voto pela **Procedência Parcial** do Auto de infração no valor de R\$ 11.328,11, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

INFRAÇÃO	VLR. A. I.	VLR. JULGADO	DECISÃO	MULTA %
01 – 01.02.39	1.022,62	0,00	IMPROCEDENTE	60%
02 – 01.02.40	461,33	461,33	PROCEDENTE	60%
03 – 03.02.02	14.563,65	8.829,04	PROC. PARCIAL	60%
04 – 04.05.02	260.682,07	1.152,34	PROC. PARCIAL	100%
05 – 04.05.04	22.744,75	0,00	IMPROCEDENTE	100%
06 – 04.05.08	123.653,32	17,13	PROC. PARCIAL	100%
07 – 04.05.09	6.872,50	1,72	PROC. PARCIAL	60%
08 – 06.05.01	625,09	625,09	PROCEDENTE	60%
Totais	430.625,33	11.086,65		

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 17/08/18.

Este é o relatório.

VOTO

O referido apelo foi interposto em face de ter a Decisão recorrida desonerado o sujeito passivo do débito originalmente exigido nas infrações 1, 3, 4, 5, 6 e 7 do lançamento de ofício, conforme previsto no art. 169, I, “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A decisão de piso julgou improcedente a infração 01, que acusa utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, referente a imposto não destacado em documento(s) fiscal(is).

Se observadas as provas trazidas pela recorrida em relação a infração 01, constata-se que as notas lançadas se referem, em verdade, a complementos de ICMS, vinculados às notas fiscais de devoluções de vendas.

Ou seja, os fornecedores, em observância ao previsto no art. 83, inciso VI do Decreto nº 13.780/12, emitiu documentos fiscais complementares, tendo sido referidos documentos os lançados na presente infração. Ademais, restou esclarecido que o ICMS constava devidamente destacado nos documentos fiscais, confirmando a legalidade dos créditos lançados em escrita fiscal.

Pelo exposto, corroboro com o julgamento de piso, entendendo que a empresa recorrida comprovou a legalidade dos créditos lançados em sua escrita fiscal, razão pela qual deve ser mantida a decisão de piso que julgou improcedente a infração 01.

A infração 03 exige o ICMS em razão de o contribuinte ter aplicado alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Referida infração foi objeto de diligência, tendo sido naquela oportunidade comprovado que a empresa recorrida havia realizado o pagamento antecipado do ICMS incidente nas operações com as mercadorias (Charque e Jerked Beef), assim como foi possível confirmar a correlação das notas fiscais complementares em sua EFD, o que motivou a redução parcial da referida infração.

Neste sentido, e no tocante à infração 03, a recorrida comprovou o recolhimento do ICMS, tendo sido, inclusive, confirmado pelo autuante mediante acesso ao sistema de arrecadação da SEFAZ.

Nas infrações 4, 5, 6 e 7 são exigidos o ICMS com base em levantamento quantitativo de mercadorias, sendo as infrações 4, 5 e 7 de responsabilidade própria, e a infração 06 na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária.

De logo, esclareço que referidas infrações foram lavradas com base nos dados declarados em Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, mais precisamente Bloco “H” do SPED Fiscal.

Inicialmente, esclareço que o autuante acatou parcialmente as alegações defensivas, conforme sinalizo abaixo.

A autuada justificou que parte do seu estoque é mantido em frigoríficos, conforme contratos firmados com a “ÁGUA VIVA ARMAZENAMENTO LTDA. e LOGÍSTICA E LOGMASTER LOGÍSTICA INTEGRADA LTDA.”, tendo convencido o autuante que as remessas realizadas para armazenagem naqueles estabelecimentos, não constituem saídas efetivas de mercadorias.

Admitiu, ainda, o autuante para o cometimento de erro pela autuada na indicação da unidade de conversão dos seus produtos, cujos dados originalmente declarados, de fato, interferiram na quantidade lançada no presente lançamento de ofício. Sinalizo, inclusive, para a diligência realizada pela Junta de Julgamento onde, naquela oportunidade, restou ratificada a pertinência das alegações defensivas quanto a este tópico.

Esclareço, portanto, que a autuada, de fato, cometeu erro ao informar na sua EFD, no campo quantidade da nota fiscal, as quantidades já convertidas, não obstante manter a unidade de medida constante na nota fiscal. Ou seja, no Registro C170 da sua EFD consta o registro das quantidades já convertidas, tendo sido no levantamento quantitativo realizado pelo autuante indevidamente realizada uma nova conversão, razão pela qual restou comprovado resultados inconsistentes.

Assim, diante dos elementos probatórios acostados pela recorrida no PAF, restou comprovado que as diferenças que ocasionaram a omissão de saídas dos itens lançados foram, de fato, decorrentes dos erros nos valores informados pelo autuado em sua escrita fiscal. Conforme diligência realizada, o autuante admite que os elementos trazidos pela recorrida elidem a infração, razão pela qual excluiu os itens em que restou comprovado os erros sinalizados.

Importante esclarecer que a retificação realizada trouxe inversão das omissões, passando a omissão de entrada de mercadorias tributadas a apresentar valor superior ao da omissão de saídas originalmente apurada.

É de se confirmar que o autuante inicialmente manteve-se relutante a acatar as argumentações acima, todavia, após algumas idas e vindas, admitiu que as remessas de mercadorias para os frigoríficos acima mencionados, assim como os respectivos retornos, não interferem na movimentação física dos estoques, excluindo referidas operações do lançamento fiscal. Assim como admitiu os argumentos defensivos que sinalizavam para erros nos dados de conversão das unidades de medida.

É de se concluir, portanto, que a recorrida trouxe em sua impugnação todos os elementos necessários para justificar as falhas cometidas, assim como acostou planilhas explicativas, apontando para os erros cometidos pelo autuante em seu lançamento de ofício. Ou seja, a base de cálculo do ICMS utilizada pelo autuante para exigir o ICMS nas infrações objeto do presente Recurso de Ofício foram devidamente retificadas, com base em elementos de prova trazidas no curso do presente processo fiscal.

Ademais, o próprio fiscal autuante admite o cometimento do lapso, razão pela qual realizou o reexame dos demonstrativos vinculados às infrações 01, 03, 04, 05, 06 e 07.

Comungo, pois, do entendimento esposado pelo Juízo de base e sinalizo que não há reparo para ser efetuado na decisão a quo, devendo ser mantido os valores exigidos com base na decisão de

pisos.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício.

Este é o voto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207098.0001/20-1**, lavrado contra **PAMPLONA ALIMENTOS S.A.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 11.086,65**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 9.917,18, e 100% sobre R\$ 1.169,47, previstas no art. 42, incisos VII “a”, II, alíneas “a”, “d” e “f” e III da Lei nº 7.014/96, dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 7 de dezembro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS