

A.I. Nº - 272041.0007/22-6
AUTUADO - A N G SUPERMERCADOS LTDA
AUTUANTE - PAULO NOGUEIRA DA GAMA
ORIGEM - DAT SUL - INFAZ EXTREMO SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 14/03/2023

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0036-06/23-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. 1. CONSTATAÇÃO DE OMISSÃO DE ENTRADAS E DE SAÍDAS. EXIGIDO O IMPOSTO SOBRE A DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO MONETÁRIA, A DAS SAÍDAS. INFRAÇÃO 01. O autuante apresentou discriminação, nos levantamentos da auditoria de estoque, de mercadorias, situações tributárias, quantidades e valores omitidos, alíquota, imposto, códigos e descrições de itens, unidades de agrupamento, notas fiscais de entrada e de saída, preços unitários etc. Infração 01 caracterizada. 2. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. CONDIÇÃO DE RESPONSÁVEL SOLIDÁRIO. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS DE TERCEIROS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL E SEM ESCRITURAÇÃO. INFRAÇÃO 02. 3. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. AQUISIÇÃO DE TERCEIROS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM DOCUMENTOS FISCAIS. INFRAÇÃO 03. Inexistentes contradições nas imposições ou provas da necessidade de recuperação de ICMS-ST em razão de venda a consumidor final em montante inferior ao da base de cálculo presumida. Os preços unitários são calculados com base na EFD elaborada pelo próprio contribuinte, de acordo com os valores por ele praticados no último período do exercício fiscalizado. Infrações 02 e 03 caracterizadas. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado no dia 16/01/2022 para formalizar a constituição de crédito tributário no valor histórico de R\$ 534.408,23, sob a acusação do cometimento das 03 (três) irregularidades a seguir:

Infração 01 – 004.005.002: Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas tributáveis, efetuadas sem documentos fiscais e sem escrituração, decorrente da falta de registro de saídas em valor superior ao das entradas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2019. R\$ 452.752,32 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 02 – 004.005.008: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e sem a escrituração das entradas sujeitas à substituição tributária, apurada mediante levantamento

quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2019. R\$ 48.705,01 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/96.

Infração 03 – 004.005.009: Falta de recolhimento do imposto de responsabilidade própria, apurado de acordo com margens de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido de terceiros mercadorias sem documentos fiscais, omitindo entradas sujeitas à substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2019. R\$ 32.950,90 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei 7.014/96.

Verifica-se, no CD acostado à fl. 39, que os levantamentos quantitativos de estoque foram elaborados por uma versão do ano de 2022 do sistema de informática SIAF (Sistema Integrado de Auditoria Fiscal).

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 42 a 74.

Aduz a tempestividade da peça, sintetiza os fatos e solicita a realização de diligência ou perícia, com quesitos apresentados às fls. 44/45.

Preliminarmente, fundamentado em doutrina de Celso Antônio Bandeira de Melo e de Gilmar Ferreira Mendes, alega a nulidade do lançamento por suposta falta de detalhamento das infrações alegadamente cometidas, bem como por ausência de indicação de documentos fiscais, o que afronta os princípios da motivação, segurança jurídica, capacidade contributiva, ampla defesa e contraditório.

Transcrevendo precedente deste Conselho (Acórdão CJF nº 0330-11/12), afirma que denúncias vagas e/ou imprecisas, segundo a jurisprudência do STF, dificultam ou impedem o exercício do direito de defesa.

No mérito, sustenta que houve erro na convalidação das informações extraídas do SPED FISCAL. Diz que ocorreu desconconsideração de notas fiscais na apuração dos valores exigidos, mas não aponta quais.

Mais uma vez, sem indicar exatamente a quais equívocos se refere, assinala que o auditor não levou em conta os fatores de conversão e a desincompatibilização dos códigos utilizados por si no registro das supracitadas notas. Isso ocorreria quando o comerciante adquire uma grande peça e, para facilitar a venda, fraciona a mesma em unidades menores.

Noutro giro, não se pode exigir imposto com base em presunção de ocorrência de fato gerador. Fazendo isso, a autoridade fiscalizadora transcende todos os limites da razoabilidade e viola o princípio da reserva legal, de que trata o art. 150, I da CF/88, e não observa os comandos dos arts. 113, § 1º do CTN e 2º da LC 87/96.

Colaciona Decisões administrativas de órgãos julgadores de outras unidades da Federação.

Ressalta que tem muitos anos de sólida reputação nas suas relações com o Estado e que os contribuintes, quando operam de forma irregular, nunca franqueiam todas as suas documentações sem subterfúgios.

A Fiscalização, no mínimo, deveria ter indicado as mercadorias que entendeu omitidas ou “*as folhas dos livros fiscais em que essas operações estariam lançadas*”. Ausentes as necessárias discriminações de Notas Fiscais e mercadorias, o que teria ocorrido foi uma mera utilização de indícios de provas pelo Fisco.

Quanto às infrações que indicam omissões de entrada (de nºs 02/03), assegura que não há qualquer prova de que tenha recebido as mercadorias, bem como que as operações foram demonstradas com o uso de um sistema de informática que desconhece.

Solicita a realização de diligências fiscais junto aos fornecedores para obter a comprovação das remessas dos produtos. O CFAMT e o SINTEGRA, que entende terem sido utilizados para elaborar os levantamentos, são meros indicadores de provas produzidas por terceiros. Somente teriam validade quando apresentados juntamente com canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte etc., o que argumenta com base nos Acórdãos CJF nº 0005-11/14, JJJ nº 0234-03/12 e no art. 10 da Portaria 445/98.

Ainda que não acolhidas as alegações acima expendidas, requer a necessária aplicação da base de cálculo efetiva nas saídas descobertas a título de ICMS-ST. A pauta fiscal, nos seus dizeres, traz valores meramente presumidos. Inclusive, desde 19/10/2016 já é possível recuperar ICMS-ST em razão de venda a consumidor final em montante inferior ao da base de cálculo presumida (RE nº 593.849-MG).

Em seguida, transcrevendo Decisão do CARF, juntamente com o Acórdão JJJ nº 0234-03/12, aponta *“contradição e ausência de substrato jurídico para exigir ICMS antecipação parcial”*, devido a uma alegada contradição entre as infrações 02 e 03. Na sua concepção, a exigência do ICMS-ST na infração 02 inviabiliza a cobrança do ICMS antecipação parcial na infração 03.

Prossegue requerendo a possibilidade de utilização dos créditos existentes na escrita fiscal e não contabilizados na apuração da infração 03, uma vez que a sistemática do tributo em questão deve obedecer ao princípio da não cumulatividade.

Se a Fiscalização pretende exigir o imposto supostamente devido, há que verificar se o contribuinte, no período auditado, não possuía créditos passíveis de absorverem, ao menos em parte, o montante reclamado, em razão de que reproduz voto proferido pelo ministro Humberto Martins no REsp 1.250.218.

A seu ver, não foram observadas as disposições constitucionais e legais atinentes à atualização monetária do crédito reclamado, pois o Estado da Bahia, por meio do art. 102, II do COTEB, vem sucessivamente ultrapassando a sua competência para legislar sobre Direito Financeiro e Tributário.

Segundo a Decisão do STF em sede do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.216.078, os índices aplicados não poderão ultrapassar aqueles previstos na norma geral editada pela União, que atualmente prevê a Taxa SELIC.

Transcreve Decisão do TJ/SP sobre o tema.

Encerra pleiteando o direito de produção posterior de provas.

Na informação fiscal, consistente nas quatro linhas de fl. 88, o autuante manifesta o seu entendimento de que o defendente não agiu com boa fé processual, tendo deixado de discriminar, de forma clara e objetiva, mercadorias, agrupamentos, situações tributárias e outras situações pertinentes às suas argumentações.

O autuado também não apresentou documentos ou planilhas, sintéticas ou analíticas, motivos pelos quais pugna pela procedência.

VOTO

Destituídos de amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento de auditoria, pois o autuante expôs com clareza e correção a fundamentação de fato e de direito, descreveu as irregularidades, indicando os documentos e demonstrativos, com seus dados, informações e cálculos.

Verifica-se, no CD acostado à fl. 39, que os levantamentos quantitativos de estoque foram elaborados por uma versão do ano de 2022 do sistema de informática SIAF (Sistema Integrado de

Auditoria Fiscal).

No referido CD, assim como nas planilhas e memórias de cálculo juntadas por amostragem às fls. 09 a 36, constata-se a discriminação, nos levantamentos quantitativos de estoque, de mercadorias, situações tributárias, quantidades e valores omitidos, alíquota, imposto, códigos e descrições de itens, unidades de agrupamento, notas fiscais de entrada e de saída, preços unitários etc.

Inexistente violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de Direito Constitucional, Administrativo ou Tributário, em especial os do Processo Administrativo Fiscal (art. 2º; RPAF-BA/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Todos os elementos necessários para julgar estão contidos nos autos. Indefiro o pedido de realização de diligência, perícia ou refazimento de cálculos, com fundamento no art. 147, I, “a” do RPAF/99.

No mérito, o defendente sustentou que houve erro na convalidação das informações extraídas do SPED FISCAL, disse que houve desconsideração de notas na apuração, mas não indicou quais.

Mais uma vez, sem especificar a quais equívocos se referiu, assinalou que o auditor não levou em conta os fatores de conversão e a desincompatibilização dos códigos utilizados por si no registro das supracitadas notas.

Cumprе ressaltar que, de acordo com o art. 373 do CPC (Código de Processo Civil) de aplicação subsidiária no PAF (Processo Administrativo Fiscal), o ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito; e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A respeito da irresignação do defendente relativa à exigência do imposto por presunção (infrações 02/03), assim dispõe o art. 4º, § 4º, IV da Lei 7.014/96, de cuja aplicação o julgador e o autuante não podem se esquivar (art. 167, I e III do RPAF/99).

“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:

(...)

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

(...)”.

Os sistemas de informática denominados CFAMT e SINTEGRA, que, conforme as alegações do sujeito passivo, teriam sido utilizados para elaborar os levantamentos, e que somente teriam validade quando apresentados juntamente com canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte etc., não fizeram parte da auditoria sob julgamento.

Não há necessidade de apresentação de canhotos de recebimento, conhecimentos de transporte etc., pois o dispositivo legal acima transcrito já fornece o fundamento necessário ao ato administrativo.

Também não houve aplicação de pauta fiscal, tampouco de exigência de ICMS antecipação parcial. Determina o art. 10 da Portaria 445/98 que:

“Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, observando o seguinte (Lei nº 7.014/96, art. 6º, IV) – infração 02;

(...)

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 1 do RICMS/12, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea “a” do inciso I deste artigo, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96) – infração 03;

(...)”.

Não há sobreposição de exigências, muito menos previsão legal para compensar créditos existentes na escrita fiscal em apuração de imposto via lançamento de ofício/ constatação de omissão de entradas em levantamento quantitativo de estoques.

Inexistentes contradições nas imposições ou provas da necessidade de recuperação de ICMS-ST em razão de venda a consumidor final em montante inferior ao da base de cálculo presumida. Os preços unitários são calculados com base na EFD elaborada pelo próprio contribuinte, de acordo com os valores por ele praticados no último período do exercício fiscalizado.

No que diz respeito às disposições constitucionais e legais atinentes à atualização monetária do crédito reclamado, segundo o impugnante, o Estado da Bahia, por meio do art. 102, II do COTEB, vem sucessivamente ultrapassando a sua competência para legislar sobre Direito Financeiro e Tributário.

Segundo a Decisão do STF em sede do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.216.078, os índices aplicados não poderão ultrapassar aqueles previstos na norma geral editada pela União, que atualmente prevê a Taxa SELIC.

Todavia, não cabe a este Conselho exercer controle de constitucionalidade, tampouco negar eficácia a norma emanada de autoridade superior, a teor do art. 167, I e III do RPAF/99.

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

II - questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida.

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

Nos termos do art. 51 da Lei 7.014/96 c/c art. 102, II do COTEB:

“Art. 102. Os débitos tributários recolhidos fora dos prazos regulamentares ficarão sujeitos aos seguintes acréscimos moratórios:

(...)

II - se reclamados através de Auto de Infração, 1% (um por cento) por cada mês ou fração seguinte, a partir de 30 (trinta) dias de atraso”.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **272041.0007/22-6**, lavrado contra **A N G SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 534.408,23**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 32.950,90 e 100% sobre R\$ 501.457,33, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2023.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – JULGADOR

