

PROCESSO	- A. I. N° 207098.0003/23-9
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DISALLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDOS	- DISALLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0233-05/23-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0361-12/24-VD

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME NORMAL. **i)** OMISSÕES DE SAÍDAS MAIOR QUE OMISSÕES DE ENTRADAS; **ii)** OMISSÕES DE ENTRADAS MAIOR QUE OMISSÕES DE SAÍDAS; **b)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OMISSÕES DE ENTRADAS. **i)** IMPOSTO NORMAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA; **ii)** IMPOSTO ST. RESPONSABILIDADE PRÓPRIA. Reduzido o montante lançado com base na informação fiscal prestada (que acolhera parte das razões defensivas). Infração elidida em parte. Rejeitada a alegação de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário previstos no art. 169, I, alienas “a” e “b” do RPAF, interposto pelo sujeito passivo em face da Decisão proferida pela 5ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em lavrado em 26/06/2023 (ciência em 28/06/2023, pelo DT-e), exige ICMS no valor histórico de R\$ 2.617.227,01, além de multa e dos acréscimos moratórios, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - 004.005.002: “*Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado*”. Exercício: 2019. ICMS: R\$ 759.687,15. MULTA: 100%.

Infração 02 - 004.005.005: “*Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício*”. Exercício: 2020. ICMS: R\$ 767.402,83. MULTA: 100%

Infração 03 - 004.005.008: “*Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado*”. Exercícios: 2019 e 2020. ICMS: R\$ 783.289,97. MULTA: 100%.

Infração 04 - 004.005.009: “*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*”. Exercícios: 2019 e 2020. ICMS: R\$ 306.847,06. MULTA: 60%.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração nos seguintes termos:

VOTO

Preliminarmente, quanto à alegação nulidade em face do erro na informação relativa aos estoques, não merece acolhida uma vez que os erros no lançamento do crédito tributário devem ensejar a sua retificação, somente se cogitando anular o auto de infração na hipótese de não ser possível a correção, o que não é o caso dos autos.

Não houve, aliás, qualquer cerceamento do direito de defesa da autuada, que pode, assim, aduzir os argumentos que entendeu pertinentes, logrando êxito, inclusive, na redução do valor lançado, conforme reconhece o autuante em sua informação fiscal.

Rejeito, por conseguinte, a alegação de nulidade suscitada.

No mérito, trata-se de quatro infrações decorrentes, todas, de um único procedimento de auditoria, qual seja, o levantamento quantitativo de estoques, conforme descritivos abaixo.

“Infração 01 - 004.005.002: “Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado”.

Infração 02 - 004.005.005: “Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária- a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício”.

Infração 03 - 004.005.008: “Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado”.

Infração 04 - 004.005.009: “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”.

Considerando que todos os ilícitos decorreram de um único procedimento de auditoria, julgá-los-ei de forma conjunta, acompanhando o tratamento dispensado pela peça impugnatória. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento deduzindo três argumentos distintos, quais sejam: a) erro na quantidade de estoques informados, na EFD do mês de fevereiro do ano seguinte; b) não foram consideradas as remessas e retornos para os depósitos fechados/armazéns gerais; c) requer compensação da omissão de saídas, apurada na Infração 01, com a omissão de entradas, apurada na Infração 02.

Quanto ao erro nos estoques finais informados, vejo que o próprio autuante acolheu tal argumento. O mesmo se deu relativamente à alegação de falta de consideração das remessas e retornos dos depósitos fechados/armazéns gerais. Nesse sentido, a autoridade fiscal refez os demonstrativos de débito, reduzindo substancialmente os valores lançados, conforme detalha às folhas 171/172. Assim, acolho o demonstrativo fiscal neste ponto, reduzindo o montante lançado.

Quanto à alegação de anulação das omissões de saídas com as omissões de entrada, tal argumento não tem respaldo na Portaria 445/98, cujas regras prevêem, expressamente, a cobrança de omissão de saídas e entradas em exercícios distintos, resultados que não se comunicam, em absoluto, vez que são entremeados por um inventário físico, realizado pelo contribuinte, ao final de cada exercício.

De fato, eventuais erros acabam por refletir em diferenças no momento em que se faz a contagem física dos estoques, marco temporal a partir do qual se inicia um novo ciclo, sem diferenças remanescentes do período anterior. Só há, portanto, vedação à cobrança simultânea quando ambas as apurações ocorrem dentro de um mesmo exercício, conforme baixo.

“Seção IV

Omissões Tanto de Entradas Como de Saídas de Mercadorias

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;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

a) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto;
... ”

Assim, acolho os demonstrativos de débito elaborados pelo Autuante, julgando procedente em parte as infrações, conforme abaixo.

INFRAÇÃO 01

MÊS	ICMS
dez/19	R\$ 2.753,17

INFRAÇÃO 02

MÊS	ICMS
dez/20	R\$ 11.358,43

INFRAÇÃO 03

MÊS	ICMS
dez/19	R\$ 10.953,33
dez/20	R\$ 2.931,33
TOTAL	R\$ 13.884,66

INFRAÇÃO 04

MÊS	ICMS
dez/19	R\$ 2.387,49
dez/20	R\$ 506,27
TOTAL	R\$ 2.893,76

Do exposto, julgo o auto de infração **PROCEDENTE EM PARTE**, em conformidade com o demonstrativo abaixo.

INFRAÇÕES	ICMS	MULTA
1	R\$ 2.753,17	100%
2	R\$ 11.358,43	100%
3	R\$ 13.884,66	100%
4	R\$ 2.893,76	60%
TOTAL	R\$ 30.890,02	

A JJF recorreu de ofício a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a” do RPAF-BA.

No Recurso Voluntário de fl. 306/311, o Recorrente, após discorrer sobre a tempestividade e cabimento do recurso, reitera, em sede preliminar, os termos trazidos na impugnação em relação à nulidade do procedimento fiscal por considerar que não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator (art. 18, IV, alínea ‘a’ do RPAF) e Súmula 01 do CONSEF.

Quanto ao mérito, defende que o remanescente da acusação se baseia unicamente em sistema de presunção em desacordo com a norma regente – Art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei 7014/96 e Art. 13, Inciso II, alínea ‘a’ da Portaria 445/98.

Esclarece “*se no exercício de 2020 está a se cobrar o imposto, por presunção, de saídas anteriores sem documento fiscal, e em 2019, está a se cobrar o imposto por supostas omissões de saídas detectadas, neste caso sem presunção, estamos aqui a falar das mesmas operações. Portanto, não é cabível a cobrança em concomitância. Tratam-se dos mesmos fatos geradores (...)*”

Afirma que o cruzamento de dados dos demonstrativos remanescentes (após refazimento) das Infrações 01 e 02, denominados “02. Anexo I A_OmissãoSaídasMaiorEntrada_2019” (Infração 01) e

“02.Anexo II A_OmissãoEntradaMaiorQueSaída_2019.xls” (Infração 02 – e embora nomeado como de 2019, tem seu conteúdo correto de 2020), demonstra que há concomitância das seguintes mercadorias entre as duas infrações:

Omissão de Saídas - 2019							Omissão de Entradas - 2020							
Código 2019	Descrição	OmissSai	VlUnit	VlOmiss	AliqIc ms	VlIcms Aud	2020_Código	Descrição	OmissEntr	VlUnit	Valor Omissões	VlBcRed Aud	AliqIcms	VlIcms Aud
51022	FILE SALMAO CHILENO 500/1000G VACUO CONG	55,52	55,80	3.098,02	18,00	557,64	51022	FILE SALMAO CHILENO 500/1000G VACUO CONG	64,54	35,99	2.322,79	1.155,75	18,00	208,04
27275	QUEIJO PRATO PECA AURORA	45,73	23,68	1.082,89	18,00	194,92	27275	QUEIJO PRATO PECA AURORA	64,18	27,48	1.763,61	877,52	18,00	157,96
15820	FILE PEITO FRG PCT CONG	28,00	12,51	350,28	18,00	0,00	15820	FILE PEITO FRG PCT CONG	80,00	9,76	780,80	388,50	18,00	69,93
3050	BACON FATIADO DEF AURORA	57,00	32,93	1.877,01	18,00	0,00	3050	BACON FATIADO DEF AURORA	10,00	32,23	322,30	160,37	18,00	28,87
3310	BACON CUBOS DEF AURORA	127,00	23,37	2.967,99	18,00	0,00	3310	BACON CUBOS DEF AURORA	10,00	23,09	230,90	114,89	18,00	20,68
15150	CODORNA CONG QUALIFORT	58,00	21,93	1.271,94	18,00	0,00	15150	CODORNA CONG QUALIFORT	11,27	17,00	191,54	95,30	18,00	17,15
15710	FIGADO FRG PCT 1KG CONG AURORA	76,00	4,31	327,56	18,00	0,00	15710	FIGADO FRG PCT 1KG CONG AURORA	48,00	2,99	143,52	71,41	18,00	12,85
2330	RECORTE COSTELA SUINA SALG AURORA	501,00	10,40	5.210,40	18,00	0,00	2330	RECORTE COSTELA SUINA SALG AURORA	30,00	10,69	320,70	159,57	18,00	28,72
15899	FRG PASSARINHO TEMP CONG 800GR RED SAUCE	484,00	12,39	5.996,76	18,00	0,00	15899	FRG PASSARINHO TEMP CONG 800GR RED SAUCE	24,00	8,69	208,56	103,77	18,00	18,68
15540	SOBRECOXA FRG IQF CONG AURORA	13,00	10,69	138,97	18,00	0,00	15540	SOBRECOXA FRG IQF CONG AURORA	16,00	9,08	145,28	72,29	18,00	13,01
2307	BARRIGA SUINO SALG	109,58	12,60	1.380,76	18,00	0,00	2307	BARRIGA SUINO SALG	17,37	17,00	295,29	146,93	18,00	26,45

Aduz que as Infrações 03 e 04 são correlacionadas com as Infrações 01 e 02, devendo ser considerada a repercussão da referida concomitância de mercadorias na sua análise, a fim de se evitar a bitributação.

Pede, ao fim, que seja determinada diligência fiscal, para que, nesta oportunidade, sejam efetivamente analisadas todas as alegações e provas trazidas, ao cabo do que requer que seja julgado improcedente Auto de Infração.

Os autos retornaram conclusos, e, estando conforme, solicitei a inclusão em pauta.

Registrada a presença do advogado Dr. Daniel Menezes Prazeres na sessão de videoconferência que exerceu o seu direito regimental de fala.

É o relatório.

VOTO

Quanto ao cabimento do Recurso de Ofício, observo que a decisão recorrida desonerou parcialmente o sujeito passivo em montante superior a R\$ 200.000,00, estando, portanto, conforme estabelecido no Art. 169, I, “a” do RPAF/99.

A desoneração refere-se ao acatamento, pela JJJ, das conclusões ofertadas pela auditoria em sede de informação fiscal (fls. 163/172) após o exame das razões defensivas apresentadas pelo sujeito passivo, tendo assim se manifestado:

“Considerando que todos os ilícitos decorreram de um único procedimento de auditoria, julgá-los-ei de forma conjunta, acompanhando o tratamento dispensado pela peça impugnatória. O Sujeito Passivo se opôs ao lançamento deduzindo três argumentos distintos, quais sejam: a) erro na quantidade de estoques informados, na EFD do mês de fevereiro do ano seguinte; b) não foram consideradas as remessas e retornos para os depósitos fechados/armazéns gerais; c) requer compensação da omissão de saídas, apurada na Infração 01, com a omissão de entradas, apurada na Infração 02.

Quanto ao erro nos estoques finais informados, vejo que o próprio autuante acolheu tal argumento. O mesmo se deu relativamente à alegação de falta de consideração das remessas e retornos dos depósitos fechados/armazéns gerais. Nesse sentido, a autoridade fiscal refez os demonstrativos de débito, reduzindo substancialmente os valores lançados, conforme detalha às folhas 171/172. Assim, acolho o demonstrativo fiscal

neste ponto, reduzindo o montante lançado.”

Neste particular, é de se registrar que as infrações em julgamento foram quantificadas sob as bases da documentação fiscal até então disponibilizada pelo contribuinte em sua escrita regular, ensejando assim os valores originalmente imputados, os quais somente foram objeto de revisão após a manifestação defensiva no sentido da não inclusão no levantamento de estoque das mercadorias remetidas para Armazém Geral, seu retorno para o contribuinte autuado e o consequente e obrigatório registro no inventário do último mês do exercício civil, das mercadorias de propriedade do autuado que ficaram no Armazém Geral nesta ocasião, conforme bem detalhado pela auditoria, termos que ora reproduzo (fl. 170):

“Entendemos que o fato de o autuado não registrar no inventário as mercadorias de sua propriedade em poder de terceiros não se constitui apenas em um descumprimento, no máximo de uma obrigação formal, que o autuado entende o contrário, ou seja, que nem sequer descumpriu. A contrário sendo, consideramos tratar-se de um erro crasso, fato que poderia distorcer completamente o resultado final do levantamento, o que de fato aconteceu, causando enorme perda de tempo, retrabalho e custo desnecessário defensivo da parte do autuado. Bastava o autuado ter cumprido a norma regulamentar neste sentido, ou até mesmo sinalizar para o auditor fiscal esta situação, o que não ocorreu.

Neste sentido, considerando que efetivamente houve remessas e retornos de mercadorias para empresa de armazém geral e desta para o depositante, conforme confirmação das informações fornecidas acima pelo autuado em sua defesa, refizemos o levantamento quantitativo de estoque incluindo as operações contidas nos códigos fiscais de operações e prestações - CFOPs: 1.906 e 5.905, redundando em novos valores de débitos apurados.

Logo, vê-se que o próprio autuante, após oferta de esclarecimentos e provas documentais pela defesa, concluiu que a presunção de cometimento de infração anteriormente sustentada foi parcialmente elidida, razão pela qual caminhou pelo opinativo de procedência parcial do auto de infração.

Há que se considerar como escorreita a decisão proferida porque alinhada com a prova dos autos, cuja integridade fora submetida ao contraditório específico quanto ao ponto, diante do que, à míngua de evidências em sentido contrário, reputo, igualmente, como parcialmente regular a operação realizada pelo Contribuinte e doravante referendada pelo autuante, devendo ser mantida.

Voto pelo Não Provimento do Recurso de Ofício.

Quanto ao Recurso Voluntário, sou pelo conhecimento, eis que cabível e tempestivo (art. 169, I, “b” e art. 171, ambos do RPAF/99).

Cumpre analisar a genérica arguição preliminar de nulidade do auto de infração, sustentada pelo Recorrente com base no art. 18, IV, alínea ‘a’ do RPAF e Súmula nº 01 do CONSEF, por entender que o auto não contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

A arguição não merece prosperar. Não se infere das suas linhas qualquer elemento capaz de promover a reanálise do propõe, ainda mais diante do que se verifica o desenvolvimento regular destes autos, que partiu de trabalho fiscal cujas balizas se mostram claras e devidamente fundamentadas, tanto que oportunizou a apresentação de defesa do Recorrente (fls. 150/157) e o acolhimento parcial dos seus argumentos, fato que representa, a toda evidencia, a exata compreensão do objeto questionado.

Consta dos autos, inclusive, que houve regular comunicação entre autuante e autuado, em ambiente preliminar à auditoria, no sentido da necessidade de conformação da documentação fiscal que lhe serviria de base, conforme bem registrado pelo auditor fiscal (fls. 166/167), no trecho a seguir reproduzido:

“Dito isto, na fase de procedimentos preliminares que antecedem a auditoria propriamente dita, é praxe a realização de análise geral dos arquivos carregados. Como resultado, havendo situações que podem caracterizar inconsistência de dados dos arquivos, é emitido um Relatório das possíveis inconsistências, enviado ao contribuinte através de seu Domicílio Tributário Eletrônico – DTE, para que o mesmo analise e,

uma vez confirmado as incorreções, é oportunizado a possibilidade de efetuação da retificação dos arquivos digitais, com as informações e dados consistentes.

Foi exatamente o que aconteceu com o autuado. Em 18/04/23 o autuado tomou ciência da Intimação para tal finalidade, conforme documentos anexados às fls. 08 a 11, deste PAF. Observem no recorte abaixo que o texto da intimação fala em possíveis inconsistências, ou seja, não se tratou de imposição do auditor, como deixou transparecer o autuado em sua defesa. Notem também na intimação, que no prazo concedido de 10 (dez) dias o contribuinte deveria apresentar justificativas, que poderiam confirmar ou não as possíveis inconsistências apontadas.

(...)

Ora, se o autuado sabia que apresentava inventários mensais em sua EFD, pergunta-se, porque razão o mesmo não sinalizou para o auditor que as datas informadas nos meses de fevereiro de cada exercício correspondiam aos inventários do referido mês e não o inventário do final do exercício? Ao contrário, este reconheceu que de fato tinha se equivocado e que efetuaria a correção quando da retificação de seus arquivos, conforme mensagem enviada por e-mail, através de seu representante legal (vide recorte abaixo).

Ou seja, pela resposta do Sr. Ricardo Avelar, a conclusão é a de que os arquivos dos meses de fevereiro de 2019 e de 2012, estavam com datas de fato equivocadas, e que seriam corrigidas para as datas corretas e que o inventário de 2021 não tinha sido efetivamente informado e que seria informado no mês de fevereiro de 2022. Completa indução ao erro da fiscalização ou outra razão que desconhecemos.”

Nestes termos, considerando que o auto de infração contém descrição clara, precisa e sucinta dos fatos considerados como infrações de obrigações tributárias principal e acessórias; a indicação dos respectivos dispositivos legais em que se fundamente a exigência fiscal, e tidos por infringidos, inclusive demais ocorrências ou informações úteis ao esclarecimento da ação fiscal, não vislumbro a alegada nulidade com base no art. 18, IV, “a” do RPAF, devendo ser mantido hígido o lançamento tal qual efetuado.

Sou, portanto, pela insubsistência das preliminares.

Passo a análise do mérito recursal, que reside, em relação ao resíduo das quatro infrações fiscais, na reiteração das alegações de a) inocorrência das infrações; e b) impossibilidade de imputação, por presunção, de modo concomitante, de Omissões de Saída no exercício de 2019 e Omissões de Entrada no exercício de 2020. Considerando que todas as Infrações foram tratadas de modo concomitante em todas as peças processuais, mantenho o formato de enfrentamento, nos termos a seguir detalhados.

As referidas teses recursais não são novas nestes autos, eis que semelhantes àquelas já apresentadas em sede de defesa/impugnação, termos em que foi devidamente analisada e rechaçada pelo fiscal autuante (fls. 273). Na oportunidade, inclusive, restou devidamente consolidada a posição do fisco em face dos argumentos defensivos remanescentes, principalmente a sua desconformidade com o quanto previsto na Portaria 445/98 para o caso dos autos, a seguir transcritos:

Seção IV

Omissões Tanto de Entradas Como de Saídas de Mercadorias

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;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

b) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto;

..."

Ao que se infere dos autos, do cotejo do citado cruzamento de dados dos demonstrativos remanescentes após refazimento das Infrações 01 e 02, denominados “02. Anexo I A_OmissãoSaídasMaiorEntrada_2019” (Infração 01) e “02.Anexo II A_OmissãoEntradaMaiorQueSaída_2019.xls” (Infração 02 – e embora nomeado como de 2019, tem seu conteúdo correto de 2020), não se verifica a divergência procedural apontada pelo Recorrente em face do que dispõe a Portaria 445/98 para exercícios distintos, não havendo falar-se em bitributação.

O Processo Administrativo Fiscal baiano, a despeito de ser permeado pelo informalismo e garantia do contraditório e ampla defesa como pressupostos para a conformação dos fatos e circunstâncias constantes do processo, aí inclusas as alegações, argumentações e provas, todos no interesse do estabelecimento de ambiente adequado para a formação do convencimento do órgão julgador ao resolver as questões suscitadas no processo, **não isenta o Recorrente dos deveres básicos relacionados aos argumentos que propõe.**

Daí porque determina que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o Recorrente do ônus elisivo/modificativo do direito embandeirado pelo Fisco por meio do auto em julgamento, bem assim não lhe reconhece direito à recusa em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, ocasião que atrai, para a Recorrente, o ônus específico da prova, nos termos do que dispõem os arts. 140 a 143 do RPAF.

Não o fazendo, ensejou justamente à negativa do seu direito, tal qual consignado na decisão recorrida. Se ressentindo os autos de elementos relacionados à comprovação material de que as operações de fato ocorreram a fim de atrair a aplicação dos dispositivos mencionados, individualmente consideradas, o que não se pode presumir, não há razões para a modificação da decisão quanto às conclusões apresentadas.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos Ofício e Voluntário apresentados e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207098.0003/23-9, lavrado contra **DISALLI COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 30.890,02**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 27.996,26, e de 60% sobre R\$ 2.893,76, previstas no art. 42, incisos III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2024.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

JOÃO FELIPE FONSECA OLIVEIRA DE MENEZES – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO - REPR. DA PGE/PROFIS