

A. I. Nº - 207093.0009/01-2  
AUTUADO - PLUS VITA ALIMENTOS LTDA.  
AUTUANTE - JUVÉNCIO RUY CARDOSO NEVES  
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO  
INTERNET - 04.12.2002

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0430-04/02**

**EMENTA: ICMS.** 1. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento da infração imputada ao autuado. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS PARA MICROEMPRESAS. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/01, exige ICMS no valor total de R\$ 275.969,00, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 274.576,76, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas 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, em exercício fechado.
2. Reteve e recolheu a menos o ICMS, no valor de R\$ 1.392,24, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa.

Em 18/12/01, o autuado foi intimado para efetuar o pagamento de um débito tributário, no valor total de R\$ 369.814,21, referente a quatro irregularidades. A infração 1 e uma parte da infração 2 cobradas na presente autuação estavam incluídas nessa intimação, conforme fls. 508 a 512. Em 18/01/02, o autuado solicitou a prorrogação, em 30 dias, do prazo que lhe foi concedido para prestar informações sobre o débito constante na citada intimação.

Por meio de advogados legalmente constituídos, em 25/01/02, o autuado interpôs defesa tempestiva ao presente Auto de Infração, suscitando as seguintes preliminares de nulidade:

- a) Quando o Auto de Infração foi lavrado, já estava decaído o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário referente aos fatos geradores ocorridos antes de 28/12/96. Transcreve artigo do Código Tributário Nacional e ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça.
- b) O lançamento é nulo porque não há como identificar qualquer hipótese de infração cometida pelo autuado, uma vez que os seus documentos fiscais não foram analisados da forma devida. Diz que os fatos geradores e as datas de ocorrência não foram individualizados. Alega que o fiscal presumiu que as saídas das mercadorias não foram escrituradas, violando o princípio da verdade material. Assevera que os valores levantados pelo fiscal foram escriturados e submetidos à tributação, conforme comprovam os livros e documentos fiscais anexados aos autos. Aduz que o fiscal desconsiderou notas fiscais de saídas que estavam escrituradas. Cita doutrina e transcreve ementa de decisão do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

No mérito da lide, o autuado diz que o auditor fiscal só considerou as saídas constantes no arquivo magnético e que correspondiam ao CFOP 512 (vendas de mercadorias adquiridas e/ou recebidas de terceiros), deixando de analisar as notas fiscais referentes aos CFOPs 515, 591, 599, 621 e 511. Ressalta que algumas operações do CFOP 512 também não foram computadas pelo fiscal, como prova, cita o levantamento do resumo do estoque feito através de arquivo magnético (Doc. VI - fls. 1209 a 1375), o qual mostra que não foram considerados 760 itens, no mês de abril. Afirma que juntou aos autos as saídas do mês de agosto, por amostragem, para que seja verificado que, para cada saída, houve a emissão da correspondente nota fiscal.

Diz que, caso não sejam acolhidas as preliminares de nulidade suscitadas, torna-se necessária a realização de perícia para comprovar a regularidade das suas operações. Ao final, requer a nulidade ou a improcedência da autuação.

Na informação fiscal, inicialmente, o autuante diz que o presente Auto de Infração é composto de quatro irregularidades: 1<sup>a</sup> - recolhimento a menor do que o apurado no livro Registro de Apuração do ICMS; 2<sup>a</sup> – recolhimento a menos em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro registro de Saídas e no livro Registro de Apuração do ICMS; 3<sup>a</sup> - omissão de saídas apurada mediante levantamento quantitativo de estoque; 4<sup>a</sup> - recolhimento a menos do ICMS retido na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária nas saídas de mercadorias para contribuintes localizados neste Estado e inscritos na condição de microempresa.

Com relação à primeira preliminar de nulidade, o autuante diz que os débitos tributários referentes às operações ocorridas antes de 28/12/96 não estavam decaídos. Alega que a matéria está claramente definida pela legislação tributária e nas decisões dos órgãos julgadores. Transcreve o art. 965 do RICMS-BA/97 para embasar seu entendimento.

Quanto à segunda preliminar, o auditor explica que, na presente ação fiscal, foram utilizados os registros dos arquivos magnéticos e as respectivas notas fiscais, não havendo divergência entre os mesmos. Frisa que o contribuinte não foi acusado de falta de escrituração de documentos fiscais, e que todos os documentos fiscais apresentados pelo autuado foram incluídos no levantamento quantitativo. Alega que, se há alguma nota fiscal emitida ou recebida pelo autuado e que não foi incluída no levantamento, esse documento não foi apresentado ao fisco. Ressalta que não utilizou presunção no lançamento em lide, e que os números constantes nos demonstrativos não foram contestados em momento algum.

Relativamente ao pedido de perícia feita pelo autuado, o fiscal diz que a mesma é desnecessária, uma vez que a documentação anexada aos autos é suficiente para dirimir qualquer dúvida.

No mérito da lide, o autuante explica que o levantamento quantitativo de estoques é realizado com base nos códigos das mercadorias e não no CFOP das operações. Portanto, no seu entendimento, se uma determinada mercadoria não tiver sido relacionada para fazer parte de um levantamento, os documentos fiscais referentes às operações com essa mercadoria não serão considerados, mesmo que tenham o CFOP 512.

O autuante afirma que, na presente auditoria fiscal, foram analisadas todas as operações com CFOP 515, 591, 599, 621 e 511, sendo incluídas no levantamento quantitativo apenas as operações que deveriam ser consideradas.

Quanto aos 760 itens que o autuado alega que não foram considerados, o fiscal assevera que eles são referentes a mercadorias que não foram selecionadas para fazer parte do levantamento ou são relativos a vendas efetuadas fora do estabelecimento (situação em que só se deve considerar as notas fiscais referentes às vendas efetuadas).

De acordo com o autuante, as notas fiscais pertinentes ao mês de agosto, juntadas pelo contribuinte, comprovam o acerto da ação fiscal.

Ao encerrar a sua informação fiscal, o autuante diz que o contribuinte apenas de insurgiu contra a infração 3, não contestando as acusações contidas nas infrações 1, 2 e 4, o que ele entende como uma aceitação tácita dessas três infrações. Solicita a procedência da autuação.

O processo foi submetido a pauta suplementar e a 4<sup>a</sup> JJF decidiu convertê-lo em diligência à ASTEC para que fossem atendidas as solicitações de fl. 1.385.

Por meio do Parecer ASTEC Nº 248/02 (fls. 1397 a 1406), o diligenciador informou que o autuado foi intimado para prestar informação sobre a existência de regime especial e para apresentar livros e documentos fiscais. Conforme os documentos de fls. 1388 a 1390, em 08/08/02, o autuado informou: que não possuía regime especial em 1996; que o livro Registro de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrências está em poder do autuante; que anexou ao processo cópia dos livros Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Apuração de ICMS; que as notas fiscais solicitadas são aproximadamente 30.000; que a apresentação dos documentos fiscais, como solicitada pelo diligenciador, exigiria muitos funcionários e tempo, impedindo o regular funcionamento da empresa; que todos os documentos do período estavam à disposição do fisco no estabelecimento do autuado.

O diligenciador assevera que, apesar de a documentação solicitada ser essencial para a análise das alegações defensivas, ela não chegou a ser apresentada no curso da diligência. Explica que, ante a quantidade de documentos referentes ao exercício de 1996, solicitou a exibição apenas dos controversos, contudo o autuado insistia em apresentar a totalidade das notas fiscais do exercício para que o diligenciador, por sua própria conta, investigasse as notas fiscais de saída que não tivessem sido computadas. Mais adiante, o diligenciador ressalta que os documentos fiscais que lhe foram exibidos não representavam a totalidade dos documentos de 1996.

Prosseguindo em seu relatório, o diligenciador afirma que, com base nos elementos contidos nos autos e na cópia do livro Registro de Saídas referente ao mês de janeiro de 1996, foi possível atender em parte a solicitação feita pela 4<sup>a</sup> JJF, chegando às seguintes conclusões: as notas fiscais de fls. 963 a 1208, relacionadas por amostragem pelo autuado, não foram incluídas no levantamento quantitativo pelo autuante; uma grande parte das notas fiscais de saídas emitidas, principalmente, nos meses de janeiro a abril de 1996 não foi considerada pelo autuante, conforme demonstrado na tabela à fl. 1405.

O diligenciador da ASTEC assevera que, para restabelecer a segurança na determinação da infração, o levantamento quantitativo deve ser refeito na íntegra, já que as falhas existentes no mesmo não são restritas a algumas notas fiscais. Sugere que a 4<sup>a</sup> JJF recomende o refazimento do lançamento, haja vista que não cabe ao diligenciador refazer todo um trabalho de fiscalização, conforme entendimento já pacificado na ASTEC.

No Anexo 01 (fls. 1408 a 1437), o diligenciador anexou ao processo as intimações e os Termos de Diligência Fiscal lavrados. No Anexo 02 (fls. 1438 a 1470), estão acostadas cópias do livro Registro de Saídas referente ao mês de janeiro de 1996.

Em 24/09/02, o autuado protocolou o documento de fls. 1472 a 1474, onde explicou a sua dificuldade para apresentar as notas fiscais conforme solicitada pelo diligenciador. Diz que é indispensável a análise dos documentos fiscais apresentados, para que se esclareça os equívocos cometidos pelo autuante. Afirma que juntou ao processo as duas primeiras notas fiscais de saída de cada série emitidas no exercício de 1996. Solicita a continuidade da diligência já iniciada.

A Secretaria do CONSEF cientificou o autuante e o autuado do resultado da diligência efetuada pela ASTEC, e ambos tiveram o prazo de lei para se manifestar, querendo.

Conforme fl. 1406, o autuante apenas informou que estava ciente da diligencia efetuada, mas não se pronunciou sobre a mesma.

Ao se manifestar sobre o resultado da diligência, o autuado afirma que a mesma ratifica as alegações defensivas constantes na defesa apresentada. Diz que sempre colaborou para que a diligência fosse realizada. Salienta que o Parecer ASTEC Nº 248/02 é contraditório quando afirma que os documentos fiscais não foram fornecidos, mas analisou notas fiscais que não foram consideradas na autuação. Solicita que seja acatada a conclusão do citado parecer, cancelando-se a exigência do crédito tributário em questão.

## VOTO

Com relação à primeira preliminar de nulidade, ressalto que o art. 173 do Código Tributário Nacional e o art. 965 do RICMS-BA/96 prevêem que *O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado [...]*.

Com base no disposto acima, o Estado tinha até 31/12/01 para constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores ocorridos durante todo o exercício de 1996. Considerando que o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/01, fica claro que não ocorreu a alegada decadência. Dessa forma, rejeito a primeira preliminar de nulidade suscitada.

A segunda preliminar de nulidade deve ser analisada, separadamente, em relação a cada uma das infrações que compõem o lançamento.

No que tange à infração 1, observo que o levantamento quantitativo de estoque realizado contém diversos erros, os quais impedem que se determine, com segurança, a ocorrência da infração que foi imputada ao autuado.

Por amostragem, o autuado indicou e anexou provas de que diversas notas fiscais de saídas de mercadorias deixaram de ser incluídas na auditoria de estoque. Essas omissões foram posteriormente comprovadas por diligência efetuada pela ASTEC. Além disso, o diligenciador ressaltou que uma grande parte das notas fiscais de saídas emitidas nos meses de janeiro a abril de 1996 não foram consideradas pelo autuante.

Ante a quantidade de incorreções existentes no levantamento quantitativo, uma eventual tentativa de correção do mesmo só é possível mediante o refazimento integral da auditoria de estoque. Esse fato fica claro quando o Parecer ASTEC Nº 248/02, ao se referir aos equívocos cometidos pelo autuante, assevera que “as falhas existentes nos levantamentos fiscais não são apenas pontuais ou restritas a algumas notas fiscais”. Uma vez que, não cabe à ASTEC o refazimento total de uma fiscalização, entendo que as omissões e incorreções existentes no presente lançamento não são passíveis do saneamento previsto no § 1º do art. 18 do RPAF/99.

Os autos mostram que o autuado não entregou ao diligenciador, da forma como foram solicitados, os documentos fiscais necessários ao atendimento da diligência. Esse fato, contudo, não caracteriza que o autuado tenha dado causa à nulidade e, em consequência, não seja possível a declaração desta em benefício daquele, conforme prevê o art. 18, § 2º, do RPAF/99. Entendo que, no caso em lide, a nulidade foi causada pelo próprio autuante ao deixar de considerar todas as notas fiscais emitidas pelo autuado e que deveriam integrar o levantamento, o que terminou por acarretar insegurança ao lançamento. Ademais, apenas com os documentos anexados aos autos pelo autuado e pelo diligenciador, fico convencido que a determinação da infração é insegura e que o montante exigido não é certo.

Portanto, com base nos documentos anexados ao PAF e, especialmente, no resultado da diligência efetuada pela ASTEC, acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado e julgo nula a infração 1, conforme previsto no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do art. 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente para que seja refeita a auditoria fiscal de estoque, visando verificar se, efetivamente, ocorreu ou não a infração que foi imputada ao autuado e exigir o imposto por ventura devido.

Com relação à infração 2, não há razão para a nulidade do Auto de Infração, pois o mesmo não possui nenhum dos vícios elencados no art. 18 do RPAF/99 que o inquine de nulidade.

Adentrando no mérito da autuação, relativamente à infração 2, observo que o autuado apenas questionou a decadência referente aos fatos geradores ocorridos antes de 28/12/96, sendo que essa alegação já foi afastada na apreciação da primeira preliminar de nulidade. Em sua defesa, o autuado não se manifestou e nem contrapôs números ao levantamento efetuado pelo autuante. Da análise dos autos, verifico que a infração imputada ao autuado está devidamente caracterizada. Assim, considero que foi correto o procedimento do autuante e manter devidos os valores cobrados.

Por fim, ressalto que a presente autuação é composta de duas infrações. Dessa forma, a alegação do autuante de que o lançamento é referente a quatro irregularidades não tem fundamento.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 1.392,24.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0009/01-2, lavrado contra **PLUS VITA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 1.392,24**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 61, II, “d”, da Lei nº 4.825/89 e no art. 42, II, “f”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR