

A. I. N° - 108528.0037/01-0
AUTUADO - V T COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (UNIDOCE DIST. DE CAMELOS LTDA)
AUTUANTE - FLORIANO MELHOR PINHEIRO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 23/07/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0262-03/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tratando-se de mercadorias enquadradas na substituição tributária, com o momento de recolhimento do imposto nas entradas no estabelecimento, não há que se falar em omissão de saídas pois todas as mercadorias já estariam com sua fase de tributação encerrada. **b) MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUES SEM DOCUMENTO FISCAL. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A existência de mercadorias ainda nos estoques, identificada em situação irregular, mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício aberto, indica que o sujeito passivo adquiriu mercadorias sem nota fiscal, circunstância que, de acordo com a lei, configura a sua responsabilidade solidária. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. ERRO NO PREENCHIMENTO. MULTA. Infração comprovada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do tributo sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Saneada a nulidade do item 4, com a entrega ao contribuinte, dos documentos fiscais capturados no CFAMT e consequente reabertura do prazo de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 06/06/2001, exige ICMS no valor de R\$ 2.124,74, e multas no valor de R\$ 10.242,87, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto, no valor de R\$ 1.439,33;
2. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício aberto, com ICMS no valor de R\$ 180,89;
3. Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 90,17;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, multa de 10% sobre o valor das mercadorias, no valor de R\$ 10.122,87;
5. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais, apresentadas através do DMA , multa de R\$120,00;
6. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, ICMS de R\$ 414,35;

O autuado, tempestivamente, ingressa com defesa, fls. 100 a 115, e em preliminar argüi a ausência de elementos indispensáveis à lavratura do Auto de Infração, isto é, elementos que dêem suporte legal à exigência fiscal, e que o texto é vago, descoordenado e dúbio, infringindo o princípio da legalidade, bem como o art. 142, § único, do CTN e pede a nulidade de todo o procedimento fiscal.

Quanto à infração 01, indaga como o agente fiscal chegou ao inventário do estoque final, do dia 17.05.2001, já que não lhe foi entregue cópia de qualquer levantamento neste sentido, e caso exista, que o inventário deveria ter sido acompanhado por um representante legal da empresa, que deveria conferir tal documento, atestar sua regularidade, e ficar com uma cópia do mesmo que também estaria assinado pelo fiscal.

Argumenta que não tem conhecimento da identificação prévia das notas de compras ingressadas no estabelecimento até o momento em que teria sido efetuado o inventário parcial do dia 17.05.2001 e da mesma forma em relação às notas fiscais de saídas e ECF emitidos até o momento que antecedeu ao início do inventário que teoricamente teria sido realizado.

Reclama da falta de demonstração do cálculo do preço unitário médio para fim de determinação da base de cálculo, e da inobservância das normas previstas pela Portaria 445/98 da SEFAZ. Assim, que foram consideradas apenas mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação, e também mercadorias originárias de exercícios anteriores que já foi objeto de fiscalização.

Diz que os demonstrativos de estoques estão confusos e de difícil entendimento, trazendo uma série de observações desnecessárias, ocasionando cerceamento de defesa. Aduz que basta uma simples verificação nas folhas 01, 02, 05 e 06 do Demonstrativo de Estoque, para que se comprove o grau de dificuldade que foi gerado no tocante à compreensão dos mesmos, sem esquecer que o contribuinte não é técnico e os levantamentos elaborados pelo fisco têm que ser transparentes e de fácil compreensão.

Insurge-se quanto a exigência do imposto sobre omissão de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, cujo imposto já foi pago por antecipação, e as saídas

subsequentes estariam desoneradas de nova tributação. Considera incrível a forma aleatória em que o fiscal separou mercadorias em que o imposto foi pago por antecipação das demais.

Acredita que o CFAMT 2001 seja uma sigla ou denominação dado a algum instrumento de controle utilizado pelo fisco, mas que o contribuinte não está obrigado a conhecê-lo nem a aceitá-lo como um instrumento capaz de gerar penalidade, como a que foi aplicada na infração Quanto à infração 4, entende que o fiscal só teria condição de afirmar a falta de registro de determinada nota fiscal se a tivesse apresentado e comprovado que as operações foram realizadas.

Questiona com relação à infração 5, qual foi a declaração incorreta dos dados e que prejuízo teria trazido para o erário, acreditando estar diante de caso típico de nulidade absoluta. Por precaução adentra no mérito, e com relação às infrações 01 e 02 esclarece que é uma empresa preponderantemente atacadista, com clientela de pequenos comerciantes da região. Assim que não há a mínima possibilidade de ocorrer omissão de entradas nas ínfimas quantidades encontradas, pois suas compras são sempre em quantidades fechadas, dúzias, caixas, etc. Esclarece que as balas e amendoins são adquiridos em fardos/pacotes/quilos e que suas vendas ocorrem através de caixas, e que esta transformação tem que ser feita efetuada e demonstrada de forma correta e transparente, o que não foi feito pelo sr. Fiscal. No tocante às omissões de saídas, que estas estão apresentadas em quantidades inferiores as existentes no inventário do estoque inicial e que tiveram o imposto totalmente pago por antecipação, não podendo se exigir um novo imposto, sob pena de se configurar a execrável figura da bi-tributação. Ademais que é necessário que o fisco comprove de forma clara e insofismável, que não ocorreu o pagamento do imposto por antecipação no tocante a estas mesmas mercadorias.

Com referência à infração 3, do universo de aproximadamente três mil notas fiscais emitidas entre 01.01.2001 a 17.05.2001, além dos cupons de ECF, o autuante diz que encontrou apenas quatro notas fiscais de saídas que não teriam sido registradas, sendo exigido o ICMS de R\$ 90,17. Por outro lado, que há flagrante contradição quando exige imposto por hipotética falta de registro de quatro notas fiscais, mas as considerou integrantes do seu levantamento de estoque. Com relação à infração 06, a acusação é de que deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação em relação às mercadorias relacionadas que saíram sem notas fiscais e que teriam sido constatadas por meio de levantamento em estoque, exercício aberto, mas que a base de cálculo é a mesma consignada na infração 01. Insurge-se quanto ao crédito fiscal concedido em função de apuração de omissão de saídas, por meio de levantamento quantitativo de estoque irregular, pois o crédito só é admitido quando corretamente destacado em documento fiscal idôneo.

A final pede a realização de diligência por agente estranho ao feito, para se comprovar a insubsistência do débito relacionado ao levantamento de estoques, exercício aberto, e reabertura do prazo de defesa, se forem acostados novos documentos ou demonstrativos ao PAF.

O autuante presta informação fiscal, fls.149 a 152, e tece os seguintes argumentos:

- Informa que o levantamento do estoque final foi realizado com a ajuda da Sra. Maria Terezinha Viana, sócia do estabelecimento, sendo-lhe entregue cópias das Declarações de Estoque, fls. 20 a 21, por ela assinada;
- Que todas as notas fiscais das mercadorias selecionadas constam nas fls.39 a 44, e que as demais mercadorias não foram examinadas, bem como não existe ECF em uso no estabelecimento;
- Que os preços médios das saídas está de acordo com o art. 60, II, “a”, 1, do RICMS/97, e os preços unitários são idênticos aos das mercadorias, portanto desnecessária a demonstração alegada;

- Esclarece que os artigos da Portaria 445/98 foram observados;
- Que os formulários foram preenchidos corretamente, fls. 33 a 36, com as observações necessárias, de fácil compreensão;
- Reafirma que o autuado não efetuou a antecipação tributária das mercadorias conhaque presidente, caninha 21, catuaba selvagem, vodka, vinho tinto suave, amendoim, e fumo superbom;
- Junta notas fiscais relacionadas no CFAMT 2001;
- Que o contribuinte realiza vendas em grosso e a varejo;
- Reafirma que ocorreram omissão de entradas de mercadorias em quantidades ínfimas ou não, de whisky old eight, campari, caninha 21, catuaba selvagem, vodka cristal, vinho seco, fumo trevo, fumo superbom;
- Que nos documentos de fls. 33, 34, 37 e 38 constam as transformações necessárias, coerentes com as notas fiscais de entrada e de saídas, em grosso e a varejo;
- Que o contribuinte não comprovou a antecipação tributária de todas as mercadorias substituídas constantes na infração 01;
- Diz que a falta de registro de notas fiscais na infração 03 não colidem com as relacionadas na infração 01;
- Com relação à infração 04, na primeira coluna dos documentos de fls. 56 a 60, constam a identificação dos emitentes, fornecedores;
- Quanto à infração 5, existe diferença entre o valor contábil e a base de cálculo (fls. 81 a 93- 63 e 83);
- Na infração 06, foi deduzido ICMS de R\$ 844,38, por já ter constado na infração 01, evitando-se a bitributação;
- Junta ao PAF a relação das notas fiscais requisitadas à Gerência de Trânsito, CFAMT 2001, de 20/06/2001 e relação das notas fiscais fornecidas de 21.06.01, bem como as 37 notas fiscais já fornecidas.

O autuado em vista da juntada de novos documentos na informação fiscal, se pronuncia, e inicialmente protesta pelo prazo que lhe foi concedido que deveria ter sido de 30 dias, sob pena de cerceamento de defesa. Também que caracteriza cerceamento à defesa, a não entrega dos elementos tidos como prova das infrações, no momento do encerramento da fiscalização e da notificação, só os apresentando agora, de forma extemporânea e com a concessão de apenas 10 dias de prazo para pronunciamento. Reclama que com relação ao trancamento das notas fiscais, que deve existir tanto em relação à entradas quanto às saídas de mercadorias e que não foi identificado as notas fiscais que realmente ingressaram no estabelecimento até a hora em que afirma que realizou o levantamento de estoques em 17.05.2001. Diz que o ECF existia regularmente, tanto que estão incluídos no levantamento as mercadorias saídas através de ECF. Reafirma que falta a demonstração do cálculo do preço unitário médio para fim de determinação da base de cálculo. Também que não há qualquer demonstração que tenham sido obedecidas as normas da Portaria 445/98. Questiona com relação à infração 01, sobre quais mercadorias e quais notas fiscais não teria efetuado a antecipação tributária. No que tange às notas fiscais relacionadas no CFAMT 2001, diz que foram extraídas cópias de algumas notas fiscais, que ora lhes foram entregues, sem que exista a comprovação de que realmente não foram escrituradas, sendo que muitas delas estão ilegíveis e não se pode afirmar que se destinaram à sua empresa. Aponta várias notas fiscais que não podem servir de base de cálculo para a aplicação de

penalidade pelo fato de não se possível identificar o destinatário, e não há comprovação nos autos de que não foram registradas. Argumenta ainda que como o levantamento de estoque foi realizado em 17.05.2001, e tais notas deixaram de ser registradas, as mercadorias nelas consignadas teriam que ser consideradas no quantitativo das saídas, o que revela uma irregularidade no levantamento efetuado. Reafirma a nulidade do item relativo à multa por declaração incorreta de dados da DMA, pois o fiscal não aponta a diferença e questiona se houve o cometimento de algum ato doloso, fraudulento ou de má fé que gerasse falta de pagamento do imposto.

Pede a realização de diligência e reabertura do prazo de defesa se novos documentos forem anexados.

O autuante novamente se manifesta, fls. 219 a 220, reitera suas informações anteriores, acrescentando que realmente o autuado começou a utilizar ECF no período de 01 a 17/05/01, conforme fls. 42, 43 e 44, e cupons fiscais numerados de 001 a 303. Informa que a parcela de R\$ 1.439,33 representa o ICMS devido na saída sem notas fiscais, por não ter sido feita a antecipação tributária na entrada. A final ratifica todos os itens do Auto de Infração em exame.

Esta 3ª JfF deliberou que o presente PAF fosse remetido à ASTEC, para que em diligência, fiscal estranho ao feito, verificasse o levantamento quantitativo de estoques, itens 1 e 2, levando em conta as razões defensivas, com base nos documentos e livros fiscais relativo ao período considerado, com elaboração de novo demonstrativo de estoque, aplicando-se a Portaria 445/98, com especial atenção para o momento em que deve ser efetuado o pagamento do ICMS relativo à substituição tributária, se na entrada ou nas saídas das mercadorias.

Com relação ao item 4, foi solicitado a verificação do lançamento das notas fiscais no livro Registro de Entrada de Mercadorias (REM), de acordo com as vias acostadas ao PAF, e quanto à infração 5, que fosse apurado se houve erro na informação prestada na DMA, com relação ao lançamento nos livros fiscais.

Finalmente, com relação à infração 6, fosse verificado se o argumento da defesa, fls. 112 a 114 tem procedência.

Diligente fiscal atendendo ao quanto solicitado, entende que de acordo com a Portaria 445/98, e o levantamento efetuado pelo autuante, deverá ser exigido:

Em relação as omissões de entradas cujas mercadorias encontram-se em estoque e saíram sem tributação (art. 10):

- a) o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, no montante de R\$180,89;
- b) o 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, deduzida a parcela do tributo, calculada na forma acima, no total de R\$66,29, conforme quadro resumo que elabora às fls. 226;
- c) Em relação as omissões de saídas, entende que deverá ser aplicada uma multa formal por descumprimento de obrigação acessória (falta de emissão de nota fiscal) e sugere ser de R\$40,00 referente a 1 UPF-BA, prevista no art. 5º, inciso III da referida Portaria.

Quanto à infração 04, não foram localizados os registros no Livro Registro de Entradas, das notas fiscais anexadas pelo autuante às fls. 157 a 194.

Com relação à infração 5, foram encontradas divergências entre os valores informados nas DMAs e os registrados no livro Registro de Apuração do ICMS, cópia fls. 130 a 131, no mês de janeiro de 2001, sendo que o valor do ICMS lançado na DMA é de R\$ 4.827,83 e no RAICMS é de R\$ 5.064,69.

O autuado, cientificado do resultado da diligência manifesta-se à fl. 236 e declara que concorda com os levantamentos referentes aos itens 1, 2, 3 e 6. Quanto aos itens 4 e 5, aduz que após o julgamento fará o questionamento e prova se necessários.

O presente Auto de Infração foi julgado em 10 de maio de 2002, por esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal, Acórdão JJF nº 0157-03/02, no qual seus membros acordaram, por unanimidade, pela procedência em parte do lançamento.

Inconformado o autuado ingressou com Recurso Voluntário, fls. 255 a 280, pedindo a nulidade do Auto de Infração e no mérito contestou a infração 04, aduzindo que não sabe o que é CFAMT, e que não lhe foi apresentada as notas fiscais que indicariam a entrada das mercadorias, cujas notas foram apontadas como não registradas.

A Douta Profaz, por sua ilustre Procuradora, manifesta-se no Parecer de fls. 285 a 287, opinando pela nulidade da decisão recorrida e retorno do andamento processual à sua fase inicial.

A 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, emite o Acórdão CJF nº 0400-11-02, fls. 289 a 295, no qual a representante da Fazenda Estadual, em voto vencedor, embora concordasse no sentido de que a não reabertura do prazo de defesa (30 dias) para que o sujeito passivo se pronunciasse após a juntada das notas fiscais embasadoras da exigência fiscal do item 4 da autuação, de fato constitui-se em vício formal, que deve ser corrigido, não comungou com a tese de que toda a decisão recorrida devesse ser anulada, mas apenas o item 4 do Auto de Infração.

Deste modo, provido parcialmente o Recurso Voluntário e decretada parcialmente a nulidade da Decisão Recorrida, o PAF retornou a esta instância para saneamento do item 4 do Auto de Infração.

Esta 3ª JJF, deliberou que o presente processo fosse remetido à Inspetoria de origem para que fossem fornecidas fotocópias das notas fiscais de fls. 157 a 194. Com a entrega destas fotocópias ao contribuinte, determinou que fosse reaberto o prazo de defesa, de 30 dias, para que o autuado pudesse de manifestar, querendo.

O autuado, ao ser intimado, apresentou o DAE quitado em 20/12/2002, no valor de R\$ 2.307,86, referente a este processo, que foi pago em anistia, com os benefícios da Lei nº 8.359/2002, e pede o arquivamento do PAF.

VOTO

O presente Auto de Infração retorna a esta 3ª JJF para apreciação do item 4, tendo em vista que o julgamento da 1ª instância em relação a esta infração foi anulado, pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, Acórdão CJF nº 0400-11-02. Esta decisão da Câmara decorreu da falta de entrega das notas fiscais objeto daquele item, capturadas pelo CFAMT, e da não reabertura do prazo de defesa, de 30 dias, para que o contribuinte pudesse exercer, plenamente, seu direito de defesa.

Da análise dos documentos acostados aos autos, verifico que o contribuinte, após ter recebido as cópias das notas fiscais, capturadas pelo CFAMT, manifestou-se no sentido de que havia concordado com o julgamento desta 3ª JJF e recolhido o valor que fora julgado como devido, com os benefícios da Lei nº 8.359/2002, conforme documentos de fls. 328 a 333.

Mantenho o entendimento anteriormente manifestado, pois foi exigida a multa de 10% por falta de registro de notas fiscais de entrada nos livros fiscais próprios. A infração foi detectada através do sistema CFAMT de Secretaria da Fazenda (sistema de controle de mercadorias em trânsito no Estado da Bahia), e as notas fiscais objeto da autuação foram juntadas pelo autuante, por ocasião da informação fiscal, tendo sido concedido ao autuado prazo legal para manifestar-se a seu respeito. Considero que deve ser mantida a exigência fiscal, com relação às Notas Fiscais constantes nos autos, de fls. 157 a 194, relacionadas na planilha de fls. 54 a 55, que comprovam as aquisições das mercadorias pelo autuado. Contudo, devem ser excluídas da exigência fiscal a multa relativa às notas fiscais abaixo discriminadas, cujas cópias não foram juntadas aos autos, como segue:

Data de Ocorrência	Nota Fiscal	Data de Emissão	Base de cálculo
31.01.01	7.557	06.01.01	360,00
	7.653	06.01.01	1.213,20
	1.414	11.01.01	593,00
	21.336	19.01.01	3.060,00
	45.707	20.01.01	400,00
	17.016	26.01.01	602,55
Total			6.228,75
28.02.01	8.162	01.02.01	885,80
31.03.01	684.913	16.03.01	4.488,00
	684.914	16.03.01	4.488,00
	684.917	16.03.01	4.488,00
	584.921	16.03.01	2.488,00
	10.743	17.03.01	600,00
	17.226	21.03.01	1.391,00
	33.704	21.03.01	936,36
	149.274	21.03.01	837,35
Total			19.716,71
30.04.01	11.284	04.04.01	625,00
	239.933	04.04.01	3.134,00
	5.010	06.04.01	294,00
	23.089	11.04.01	1.730,16
	23.091	11.04.01	1.652,40
	22.910	12.04.01	606,00
	71.393	12.04.01	1.026,00
	11.651	18.04.01	1.750,00
Total			10.817,56

Concluo que o valor a ser exigido nesta infração, é de R\$ 6.358,00, conforme demonstrativo anexo, que corresponde à multa de 10% pela falta de registro na escrita fiscal de mercadorias sujeitas à tributação, prevista no art. 42, IX, da Lei 7.014/96, portanto, legítima a exação.

Data da Ocorrência	Data de vencimento	Base de Cálculo	Multa (%)	Valor histórico	Valor em Real
31/01/2001	09/02/2001	11.155,82	10,00	1.115,58	1.115,58
28/02/2001	09/03/2001	13.859,51	10,00	1.385,95	1.385,95
31/03/2001	09/04/2001	37.685,12	10,00	3.768,51	3.768,51
30/04/2001	09/05/2001	879,60	10,00	87,96	87,96
Total				6.358,00	6.358,00

Quanto aos demais itens do Auto de Infração, não foram objeto do Recurso Voluntário e devem ser mantidos, conforme o Acórdão JJF nº 0157-03/02.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos pelo contribuinte, com base nos Benefícios da Lei nº 8.359/2002.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **108528.0037/01-0**, lavrado contra **V T COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. (UNIDOCE DISTRIBUIDORA DE CAMELOS LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 337,35**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 271,06 e de 60% sobre R\$ 66,29, previstas no art. 42, III, II, “c”, da Lei 7.014/96 e demais acréscimos legais, além das multas no valor de **R\$ 6.358,00**, prevista no art. 42, IX, da Lei nº 7.014,96 e demais acréscimos legais, e no valor de **R\$ 120,00**, prevista no art. 42, XVIII, “c”, da Lei 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de julho de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR