

**A. I. N°** - 276468.0004/02-7  
**AUTUADO** - SUPRICEL LOGISTICA LTDA.  
**AUTUANTE** - HEITOR PERRELA  
**ORIGEM** - INFAZ CAMAÇARI  
**INTERNET** - 12.08.03

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF N° 0296-02/03

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não se encontram nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo e o imposto devido. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/08/2002, refere-se a exigência de R\$188.099,73 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades, mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício fechado:

1. Falta de recolhimento do imposto referente às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, no exercício de 2000.
2. 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, no exercício de 2001.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou impugnação, na qual se insurge contra o Auto de Infração, alegando que a atividade exercida pela empresa é de serviço de transporte multimodal de cargas, logística, locação de embalagens para transporte, armazenagem de mercadorias em trânsito e transporte rodoviário de cargas. Para realização de transporte de cargas o autuado utiliza-se de containers necessários ao correto e seguro armazenamento dos produtos transportados. O defendente argumentou que no caso em exame, os “BIG BAGs” não são de propriedade do autuado, sendo de propriedade da empresa para a qual presta serviço de transporte, a Trikem S/A, cabendo ao autuado, somente a manutenção dos “BIG BAGs”, sendo que os recipientes são transportados da empresa remetente, é feita a manutenção e retornam posteriormente para a origem. Citou o Decreto-lei 406/68, art. 8º, relativamente à competência dos municípios para cobrança de imposto sobre serviço de qualquer natureza. Por isso, alegou que foge da competência da Fazenda Estadual administrar o mencionado imposto. Transcreveu e comentou sobre o art. 4º do RICMS-BA, sobre a isenção nas saídas de vasilhames, recipientes e embalagens, argumentando que é impertinente e ilegal a exigência do imposto.

O defendente alegou ainda, que o autuante deixou de considerar diversas notas fiscais devidamente lançadas nos respectivos livros fiscais; que o demonstrativo referente ao período de 20/11/2000 a 31/12/2000 foi constatada a diferença de 1856 unidades do produto “BIG BAG”, e essa diferença se deve ao fato de que até o fechamento do período fiscalizado muitos recipientes estavam em manutenção na empresa, ocorrência que tem duas justificativas: a) nem todo produto que entra nas dependências da empresa retorna para o remetente no mesmo período; b) face à isenção do ICMS sobre movimentação dos “BIG BAGs”, não existe pendência tributária a favor da Fazenda Estadual. Assim, alegou o defendente que o saldo encontrado pela fiscalização, de 1.856

unidades, deverá ser considerado para os próximos períodos para que se possa efetuar a necessária correção.

Quanto ao exercício de 2001, que foi apurada entrada sem nota fiscal de 8.180 unidades, o defendente disse que o autuante deixou de considerar, tanto na entrada quanto na saída, notas fiscais que relacionou nas razões de defesa fl. 62 dos autos, acusando ainda equívoco no lançamento da operação referente à Nota Fiscal nº 30, emitida equivocadamente, e em duplicidade. Justificou que a mencionada nota fiscal não deveria ter sido emitida, uma vez que os “BIG BAGs” retornaram para o remetente, conforme Nota Fiscal nº 29, e por isso, deverá ser cancelada a Nota Fiscal nº 30, emitida sob conta e ordem da empresa Trikem, tendo como destinatária a empresa Vinibahia Ind. Com. Art. Plast. Ltda., conseqüentemente, deve ser ignorada a saída de 470 unidades do produto. Assim, realizando as correções, o autuado disse que apurou a existência em estoque de 183 unidades de “BIG BAGs”, e por considerar que os produtos são isentos de ICMS, entende que não procede a exigência do imposto. Por fim, pede que o lançamento seja julgado nulo, inepto e improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal, dizendo que as atividades do autuado, relativamente aos recipientes “BIG BAGs”, reparos e restaurações, são tributáveis pelo ISS. Entretanto, as alegações defensivas não são pertinentes à matéria da autuação, que se refere a prestação de serviço de transporte.

Quanto às alegações defensivas, informou:

- que a diferença apurada no exercício de 2000, os recipientes poderiam estar na empresa, mas não estavam, uma vez que o livro Registro de Inventário não registra a existência de estoque, e se realmente estivessem na empresa os “BIG BAGs” seriam registrados como mercadorias pertencentes a terceiros;
- quanto ao exercício de 2001, o estoque inicial foi zero, de acordo com o Registro de Inventário, e não se deve desprezar o fato de que em momento algum o defendente nega a correção do Livro Registro de Inventário;
- em relação às Notas Fiscais de Entradas de nºs 30287, 34028, 34547, 34806, 35010, 34249, 34667 e 35745, todas se referem a “BIG BAGs”, ressaltando que as mesmas não haviam sido apresentadas quando da fiscalização, e por isso, foi elaborado novo demonstrativo já considerando as notas fiscais alegadas;
- sobre as Notas Fiscais de Entradas de nºs 39487 e 39899, referente a “BIG BAGs” de valores de R\$160,00/unidade, não foram lançadas porque o levantamento fiscal é sobre mercadorias específicas de terceiros. Ressaltou que parte dos recipientes retornou à origem através da Nota Fiscal 313 sobre a qual omitiu-se a defesa;
- que a Nota Fiscal de Entrada 40087 se refere a “BIG BAGs” de valor de R\$20,00/unidade, mais de cinco vezes menor que o objeto da autuação. Por isso, não foi considerado no levantamento fiscal, e mesmo assim, se fosse consignada, seria desfavorável ao contribuinte, uma vez que deveria considerar também a Nota Fiscal de Saída de nº 333 contendo a devolução de 300 unidade de R\$20,00;
- para ficar melhor entendido, o autuante elaborou nova planilha contendo a totalidade das notas fiscais de entrada e saída originalmente consideradas mais os documentos apontados nas razões de defesa e as Notas Fiscais de nºs 313 e 333;
- a Nota Fiscal nº 30 foi considerada em duplicidade com a Nota Fiscal nº 29, só fazendo sentido a inclusão de uma delas, sendo por isso, excluída a Nota Fiscal nº 30 no novo demonstrativo.

- O fato gerador da autuação será a prestação de serviços de transporte que o contribuinte não quis que aparecesse, mas que por técnica permitiu a presunção.

O autuante ressaltou que o autuado devolveu 3.047 “BIG BAGs” que nunca recebeu, e por isso, conclui que houve entradas de recursos não contabilizados. Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Intimado a tomar conhecimento da informação, o autuado apresentou novas razões defensivas, alegando que ocorreu equívoco na escrituração do Livro Registro de Inventário, e por isso, pede à autoridade julgadora que desconsidere, determinando retificações das informações contidas no mencionado livro e passe a constar 1.856 “BIG BAGs”. Ressaltou que essa diferença se deve ao fato de que muitos recipientes estavam em manutenção na empresa, no fechamento do período fiscalizado, tendo em vista que nem todo produto que entre nas dependências da empresa em certo período retorna para o remetente no mesmo período. Disse que a partir das informações prestadas pelo autuante, o autuado procedeu a uma nova verificação em seus arquivos e constatou inconsistências nas informações prestadas em algumas notas fiscais, a exemplo das Notas Fiscais n<sup>os</sup> 036044, 036816, 039052, apresentando nos controles das saídas quantidades superiores às entradas, conforme demonstrativos elaborados nas razões de defesa, fls. 144 a 152 do PAF. Disse também que a fiscalização considerou dois lançamentos constantes da Nota Fiscal 337, como sendo “BIG BAGs”, quando na verdade se tratam de 250 unidades a R\$20,00, cada e 100 unidades a R\$110,25. E ainda, o autuante deixou de incluir a Nota Fiscal 35745 no levantamento fiscal, deixando de contabilizar a saída de 924 unidades de “BIG BAGs” a R\$110,25. Por fim, contestou a alíquota de 17% aplicada pelo autuante, por entender que o correto seria 12%, argumentando que o padrão adotado pela empresa é enviar os BIG BAGs ao remetente que se encontra fora do Estado, tratando-se, portanto, de uma operação interestadual.

Nova informação fiscal foi prestada à fl. 180 dos autos, tendo o autuante contestado a alegação defensiva de que houve equívoco na escrituração do Livro Registro de Inventário, ressaltando que o levantamento fiscal foi efetuado considerando os dados constantes das notas fiscais de entradas e saídas, e dessa forma, não acata as alegações apresentadas pelo defendente. Quanto aos equívocos apontados nos itens 1 (incorrecção referente à NF 337) e 2 (não consideração da NF 35745) da defesa, reconhece, entendendo que devem ser considerados os argumentos defensivos.

Em 11/03/2003 o autuado foi cientificado de que foi constatada a intempestividade da defesa apresentada em outubro/2002, sendo por isso, arquivada a peça recursal, ressaltando o direito do contribuinte impugnar o mencionado arquivamento.

À fl. 188 do PAF o autuado apresentou recurso de impugnação ao arquivamento da defesa, requerendo que os autos sejam remetidos para a autoridade julgadora competente.

Parecer da PROFAZ, fls. 203 e 204 dos autos conclui que não foi elidida a intempestividade da defesa, opinando pela improcedência da impugnação.

Conforme Acórdão CJF 0186-11/03 (fls. 206 a 209 do PAF), a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiu que houve falha na recepção da petição recursal, bem como na reabertura de prazo concedida ao recorrente, ficando elidida a tempestividade decretada. Assim, determinou o encaminhamento dos autos a uma das Juntas de Julgamento fiscal para a decisão acerca da lide.

## VOTO

O Auto de Infração é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, referente aos exercícios de 2000 e 2001, sendo alegado pelo defendente que constatou equívocos nos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, relacionou diversas notas fiscais informando que não foram consideradas no levantamento fiscal em relação às entradas e saídas de mercadorias.

O levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio, em um determinado exercício, e como consequência, no presente processo, houve a constatação de omissão de saídas (fls. 19/20) e omissão de entradas (fls. 22/23).

Na informação prestada pelo autuante, fls. 130 a 133 do PAF foi esclarecido, que:

- “o levantamento quantitativo de estoque em empresas prestadoras de serviços de logística e transporte justifica-se não pela possibilidade de tributar suas prestações de manutenção, recuperação, etc, às quais já sabemos estarem fora do alcance do ICMS”
- “O fato gerador na autuação será a prestação de serviços de transportes. Prestação clandestina que o contribuinte não quis que aparecesse mas, por técnica que permitiu a presunção, soube-se que foi prestado”.

Entretanto, em nova informação fiscal prestada à fl. 217, o autuante apresentou a seguinte declaração: “em nenhum momento afirmamos que o motivo determinante da autuação foi a prestação de serviço de transportes”. Disse que “existiu diferença significativa no estoque das embalagens (big bags) utilizadas no transporte das mercadorias dos clientes, o que justificou levantamento quantitativo de estoque”, e que a metodologia empregada para o levantamento fiscal foi a do Programa SAFA, sendo anexados aos autos demonstrativos correspondentes ao cálculo do preço médio, o que foi dado conhecimento ao contribuinte, que apresentou novas razões de defesa à fl. 224 dos autos, reiterando e ratificando todos os argumentos da impugnação inicial, requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Da análise acerca das peças e comprovações que compõem o processo, constatei que o levantamento quantitativo foi efetuado em relação a embalagens denominadas “big bags”, e de acordo com as alegações defensivas, dentre outras, a atividade exercida pelo autuado é de serviço de transporte multimodal de cargas, logística, locação de embalagens para transporte, e para realização de transporte de cargas o autuado utiliza-se de containers necessários ao correto e seguro armazenamento dos produtos transportados. O defendente argumentou que no caso em exame, os “BIG BAGs” não são de propriedade do autuado, sendo de propriedade da empresa para a qual presta serviço de transporte, a Trikem S/A, cabendo ao autuado, somente a manutenção dos “BIG BAGs”, sendo que os recipientes são transportados da empresa remetente, é feita a manutenção e retornam posteriormente para a origem.

Considerando que o levantamento fiscal se refere a embalagens, existem informações contraditórias pelo autuante quanto ao fato gerador da autuação para determinação da base de cálculo do imposto apurado, provocando insegurança, haja vista que foi informado inicialmente que o motivo da autuação seria a prestação de serviços de transportes apurada no levantamento quantitativo, e posteriormente foi informado que a diferença no estoque das embalagens (big bags) utilizadas no transporte das mercadorias, justificou levantamento quantitativo de estoque, e não foi motivo da autuação a prestação de serviço de transporte. Ademais, não ficou comprovado nos autos que se trata de mercadoria destinada à comercialização. Assim, opino pela nulidade da autuação fiscal com base no art. 18, inciso IV do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, haja vista que não se encontram nos autos elementos suficientes para se determinar com segurança a infração imputada ao sujeito passivo e o imposto devido.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **276468.0004/02-7**, lavrado contra **SUPRICEL LOGISTICA LTDA**.

Recorre-se de ofício 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2003.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR