

A. I. Nº - 298942.0008/03-9
AUTUADO - GELAX FRIOS E CONGELADOS LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 11.11.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0446-02/03

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Corrigido erro no trabalho fiscal. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS REGISTRADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato não contestado. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Fato não contestado. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 31/07/2003, e reclama o valor de R\$ 13.073,62, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 6.769,71, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis no valor de R\$ 39.821,81, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo ao exercício de 2002, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme documentos às fls. 11 a 78.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, conforme documentos às fls. 11 a 78, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 50,00.

3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$657,35, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente ao período de julho a setembro de 2002, conforme demonstrativo e documentos às fls. 79 a 98.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$10,27, decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadoria adquirida de outra unidade da Federação e destinada a consumo do estabelecimento através da Nota Fiscal nº 11966, emitida no mês de setembro de 2002, inerente ao período de abril de 2001 a fevereiro de 2002, conforme demonstrativo e documento às fls. 99 e 109.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no total de R\$ 5.586,29, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 69 e 88, referente aos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto e dezembro de 2002, conforme levantamento e documentos às fls. 99 a 115.

O sujeito passivo por seu representante legal, em seu recurso às fls. 120 a 124, alegando que houve falta de observação de elementos documentais, impugna a infração 01 dizendo que houve equívoco no levantamento quantitativo, em razão da inclusão de vários produtos com o mesmo título, a exemplo de lingüiça, tendo acostado ao seu recurso relatórios elaborados pela empresa para que sejam confrontados com os levantamentos efetuados. (docs. fls. 15 a 85, e 10 a 14).

Quanto a infração 02, apurada através da mesma auditoria de estoques de que cuida a infração 01, o autuado alega que inexiste a irregularidade apontada, tendo em vista que houve erros nos levantamentos feitos pelo preposto fiscal.

Com relação a infração 05, foi anexada cópia da nota fiscal nº 245045 e do livro Registro de Entradas (docs. fls. 132 e 133), para mostrar que a mesma foi devidamente escriturada no livro fiscal próprio. Diz que desconhece a origem das demais compras, e que solicitou das empresas fornecedoras explicações quanto a origem das notas fiscais em seu nome.

Protestando por todos os meios de provas em direito admitidos, inclusive com a juntada posterior de novos documentos, requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito caso o autuante venha a produzir contraprovas, ou caso contrário a improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal à fl. 215, o autuante contesta a alegação defensiva de que foram incluídos vários produtos no mesmo título no levantamento quantitativo que serviu de base para a infração 01, argumentando que: o autuado não observou que foram unificados respectivamente num mesmo título apenas os produtos Lingüiça, Leite Longa Vida, Massa de Pastel, e Coxinha de Frango; o seu levantamento dos produtos Coxinha de Frango, Pizza Calabresa e Presunto está idêntico ao apresentado pelo autuado; para os produtos Leite Longa Vida (NF 47778), Apresuntado (NF 188112), Bacalhau (NF 1533), Lingüiça (NF 648882) e Lanche (NF 188112), o autuado não considerou as notas fiscais indicadas; também não foram consideradas pelo autuado no item Salsicha, as notas fiscais de entradas nº 188112 e 189175, e nota fiscal nº 204382 foi lançado apenas a quantidade de 3.000 kg., enquanto que a quantidade correta é de 5.000 kg.; no produto Pão de Queijo foi lançado pelo autuado a quantidade de 20 unidades referentes a nota fiscal nº 1270, quando a correta é de 10 unidades; no caso do produto Massa de Pastel, no levantamento do autuado foi lançada a nota fiscal nº 2513 com a quantidade de 616 unidades, quando o correto é de 580 unidades. Já a nota fiscal nº 5362 reconhece que lançou 3.100 equivocadamente, ao invés de 3.050 unidades; deve ser alterada a omissão do item

Massa de Pastel para 43 unidades x 2,23 = R\$ 95,89 x 17% = R\$ 16,30, ficando a infração do item 01 modificada para: Base de Cálculo = R\$ 40.139,78 e o imposto reclamado para R\$ 6.750,77.

Sobre a infração 02, o preposto fiscal ressalta que o contribuinte não apresentou qualquer prova de que tenha ocorrido erro no levantamento que originou este item da autuação.

O autuante acatou a comprovação apresentada na defesa no sentido de que houve o lançamento nos livros fiscais da nota fiscal constante à fl. 132, e refez o cálculo do período de 31/05/02 com vencimento para 09/06/02, resultando na Base de Cálculo = R\$ 6.431,70 e ICMS = 1.093,39.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando que na informação fiscal o autuante apresentou novo demonstrativo de débito das infrações 01 e 05, e anexou novos elementos aos autos, o sujeito passivo foi regularmente intimado pela repartição fazendária a se manifestar sobre os termos da referida informação fiscal no prazo de dez dias, conforme documento à fl. 220, tendo o mesmo se silenciado a respeito.

VOTO

Na análise das peças processuais, verifica-se que o contribuinte autuado ao defender-se não se insurgiu quanto às infrações 03-02.01.03 e 04-06.02.01, nos valores de R\$ 657,35 e R\$10,27, correspondentes a falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis; e ao diferencial de alíquota na aquisição interestadual de mercadorias destinadas a consumo do estabelecimento, respectivamente, conforme demonstrativos às fls. 79 e 99.

No caso da infração 01, o débito a ela inerente foi apurado por meio de auditoria de estoques em exercício fechado, tendo sido apurada diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas, sendo calculado o débito com base no valor das saídas tributáveis por terem sido estas em valor superior às entradas tributáveis, enquanto a infração 02, também está baseada no mesmo levantamento, e faz referência a multa por descumprimento de obrigação acessória referente a omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou tributáveis durante o mesmo período, tudo de conformidade com os levantamentos e demonstrativos às fls. 11 a 78.

Na impugnação foi alegado pelo autuado que foram incluídos vários produtos no mesmo título, tendo sido apresentado controle interno da empresa representado por relatórios da movimentação quantitativa, conforme documentos às fls. 139 a 212, que comparado com o trabalho fiscal, nota-se que no estoque inicial e final não existe divergência. Quanto as entradas e as saídas, os itens divergentes são os que estão assinalados no quadro abaixo:

COD.	PRODUTOS	ESTOQUE INICIAL		ENTRADAS		SAÍDAS	
		1	2	1	2	1	2
18	COXINHA DE FRANGO	-	-	672,00	672,00	206,00	206,00
30	HAMBURGUER	384,80	384,80	1.868,00	1.868,00	1.887,60	1.868,60
1	APRESUNTADO	14,50	14,50	936,40	727,60	230,15	230,21
51	PÃO DE QUEIJO	-	-	1.715,00	1.715,00	1.704,00	1.713,00
56	PIZZA CALABREZA	-	-	2.316,00	2.316,00	1.190,00	1.190,00
58	PRESUNTO SADIA	22,60	22,60	1.020,00	1.020,00	25,85	25,85
60	SALSICHA	4.231,83	4.231,83	25.030,00	17.030,00	19.424,61	18.954,61
32	LANCHE	-	-	1.859,80	916,50	442,18	431,94
35	LEITE LONGA VIDA	-	-	200,00	150,00	82,00	82,00
4	BACALHAU	-	-	1.015,00	265,00	260,20	260,20

40	LINGÜIÇA	1.034,50	1.034,50	29.149,50	27.914,50	21.115,97	21.220,77
43	MASSA PASTEL	-	-	22.661,00	22.647,00	12.727,00	12.727,00
48	MUSSARELA	-	-	793,15	793,15	767,32	753,95
1 = AUTUANTE							
2 = AUTUADO							

O autuante, por seu turno, após analisar os documentos apresentados pelo autuado argumentou que:

1. O autuado não observou que foram unificados num mesmo título apenas os produtos Lingüiça; Leite Longa Vida; Massa de Pastel; e Coxinha de Frango.
2. O seu levantamento dos produtos Coxinha de Frango, Pizza Calabresa e Presunto está idêntico ao apresentado pelo autuado.
3. Para os produtos Leite Longa Vida, Apresuntado, Bacalhau, Lingüiça e Lanche, o autuado não considerou as notas fiscais nº 47778, 188112, 1533, 648882 e 188112, respectivamente.
4. Não foram consideradas pelo autuado no item Salsicha, as notas fiscais de entradas nº 188112 e 189175, e a nota fiscal nº 204382 foi lançado apenas a quantidade de 3.000 kg., enquanto que a quantidade correta é de 5.000 kg.
5. No produto Pão de Queijo foi lançado pelo autuado a quantidade de 20 unidades referente a Nota Fiscal nº 1270, quando a correta é de 10 unidades.
6. No caso do produto Massa de Pastel, no levantamento do autuado foi lançada a Nota Fiscal nº 2513 com a quantidade de 616 unidades, quando o correto é de 580 unidades. Já a Nota Fiscal nº 5362 reconhece que lançou 3.100 equivocadamente, ao invés de 3.050 unidades.

Por conta disso, o autuante procedeu a alteração no item Massa de Pastel para 43 unidades x 2,23 = R\$ 95,89 x 17% = R\$ 16,30, ficando a infração do item 01 modificada para: Base de Cálculo = R\$ 40.139,78 e o imposto reclamado para R\$ 6.750,77, conforme demonstrativo a seguir:

COD.	PRODUTOS	QT.OMT.	P.MÉDIO	VL.OMISSÕES	ALIQ.	B.CÁLCULO
18	COXINHA DE FRANGO	24,00	2,90	69,60	17%	11,83
30	HAMBURGUER	29,00	4,03	116,87	17%	19,87
1	APRESUNTADO	710,85	4,59	3.262,80	17%	554,68
51	PÃO DE QUEIJO	9,00	2,89	26,01	17%	4,42
56	PIZZA CALABREZA	84,00	4,50	378,00	17%	64,26
58	PRESUNTO SADIA	1.016,75	4,46	4.534,71	17%	770,90
60	SALSICHA	5.122,00	2,44	12.497,68	17%	2.124,61
32	LANCHE	943,30	3,09	2.914,80	17%	495,52
35	LEITE LONGA VIDA	49,00	14,90	730,10	7%	51,11
4	BACALHAU	750,00	13,35	10.012,50	17%	1.702,13
40	LINGÜIÇA	1.402,10	3,81	5.342,00	17%	908,14
43	MASSA PASTEL	43,00	2,23	95,89	17%	16,30
48	MUSSARELA	22,00	7,22	158,84	17%	27,00
TOTais				40.139,78		6.750,77

Quanto a infração 02, o autuado não apresentou qualquer documento ou levantamento para elidir o trabalho fiscal, limitando-se tão somente a alegar a inexistência das diferenças apuradas pelo autuante.

Considerando que o sujeito passivo não atendeu à intimação constante à fl. 220, expedida pela Infaz de Teixeira de Freitas, no sentido de se manifestar sobre os novos elementos acostados à informação fiscal, o seu silêncio se configura como uma aceitação tácita dos termos da informação fiscal, pois o

fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas (art. 140, RPAF/99).

Desta forma, fica mantida a multa no valor de R\$ 50,00 relativa à infração 02, e reduzido o débito da infração 01, para a cifra de R\$ 6.750,77, conforme demonstrado acima, considerando que a auditoria de estoques apurou diferenças de entradas e de saídas, e o imposto foi calculado corretamente com base nas diferenças das saídas, nos termos dos artigos 4º e 5º da Portaria nº 445/98.

Finalmente, no tocante a infração 05, pela descrição do fato verifica-se que a exigência fiscal se refere a falta de recolhimento da antecipação tributária do ICMS no total de R\$ 5.586,29, na qualidade de sujeito passivo por substituição, correspondente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos Anexos 69 e 88, relativamente às notas fiscais nºs 355640; 648882; 15588; 949789; 245045; 664471; a 66473; e 268415 referentes aos meses de fevereiro, março, maio, junho, agosto e dezembro de 2002, conforme levantamento e documentos às fls. 99 a 115.

Para elidir a acusação fiscal o autuado apresentou cópia do livro Registro de Entradas para mostrar que a Nota Fiscal nº 245045 foi devidamente escriturada (doc. fl. 133), se insurgindo quanto as demais notas fiscais sob alegação de que desconhece a origem das mesmas. Embora o autuante tenha concordado com a exclusão da referida nota fiscal, observo que não é cabível tal modificação, visto o fulcro da autuação foi de antecipação tributária, e não pela falta de registro da nota fiscal ou por entrada não contabilizada (omissão de saídas por presunção). Sobre a alegação de desconhecimento dos documentos fiscais, não há como prosperar este argumento, pois em todos eles constam os dados cadastrais do autuado e servem como elementos de provas que as mercadorias foram destinadas ao seu estabelecimento. Se acaso foram utilizados seus dados nos documentos fiscais, caberia ao autuado comprovar de forma inequívoca que não efetuou as operações. Aliás, de acordo com os esclarecimentos do autuante todos as firmas emitentes das notas fiscais são usuais fornecedores, e os produtos são idênticos aos comercializados pelo estabelecimento. Desse modo, subsiste a infração, pois é sua obrigação proceder a antecipação tributária nas referidas aquisições interestaduais visto que todos os produtos estão relacionados nos Anexos 69 e 88 do RICMS/97.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$13.054,68.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298942.0008/03-9 lavrado contra **GELAX FRIOS E CONGELADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 13.004,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 6.253,91 e 70% sobre R\$ 6.750,77, previstas no artigo 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, alem da multa no valor de **R\$50,00**, prevista no art. XXII, dos citados artigo e lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - JULGADOR