

PROCESSO - A. I. N° 232954.0021/99-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERMERCADOS IZABELLA LTDA.
RECORRIDOS - SUPERMERCADOS IZABELLA LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFF nº 0024-03/04
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 25.11.2004

2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0331-12/04

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve-se exigir o imposto tomando como base à diferença de maior expressão monetária. Foi feito o levantamento de estoques, reduzindo-se o débito originalmente apontado. Infração parcialmente comprovada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário. **c)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Depois de retificado o levantamento fiscal, ficou constatada a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias com o pagamento do imposto por antecipação tributária, aplicando-se, assim, a multa de 1 UPF/BA por descumprimento de obrigação acessória. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Foi retificado o levantamento fiscal, reduzindo-se o débito originalmente apurado. **3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS.** Restou comprovada a regularidade das operações e a idoneidade da documentação fiscal utilizada. Decisão modificada. Infração não caracterizada. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário da Decisão da 3ª. Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$105.394,35, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se a 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 – R\$1.919,12;
2. Falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário ou seja, o das saídas tributáveis – R\$38.118,60;
3. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor superior ao das saídas omitidas no mesmo período, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o valor das entradas omitidas – R\$28.204,06;
4. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, 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 – R\$10.970,07;
5. Recolhimento a menos do imposto 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 – R\$10.839,70;

O autuado apresentou defesa apontando alguns equívocos cometidos pelo autuante, os enumera e apresenta novos demonstrativos.

No tocante à infração 6, sustenta que é improcedente a presunção de inidoneidade dos documentos arrolados neste item. Para comprovar suas alegações, diz que está juntando cópias do livro Registro de Saídas dos fornecedores, onde constam regularmente lançadas as referidas notas fiscais, declaração da Exatoria Regional de Lagarto – SE e documento relativo ao sistema cadastral da SEFAZ/SE comprovando que os contribuintes são inscritos e encontram-se em plena atividade.

O autuante, em sua informação fiscal, admite, em relação à infração 1, que realmente converteu as unidades de medida, uma vez que o autuado é empresa atacadista. Alega que o contribuinte não documentou suas alegações divergentes e, assim, sugere a realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

Em referência à infração 6, afirma que as operações descritas se configuram, na verdade, como simples transferência de crédito de estabelecimento do Estado de Sergipe para o autuado, sem que tenha havido a circulação das mercadorias.

A 3ª JJF converteu o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito, para que este:

1. promovesse o cotejamento entre os levantamentos do autuante e do autuado, relativamente às infrações 1, 2, 3 e 4, e apontasse as reais diferenças porventura ainda existentes;
2. intimasse o autuado a apresentar os livros Registro de Entradas e Registro de Apuração, bem como os documentos de arrecadação dos períodos fiscalizados, de seus fornecedores e a comprovar o pagamento das referidas compras;

3. verificasse a autenticidade das provas apresentadas.

O diligente efetuou correções no levantamento e concluiu opinando que o órgão julgador poderia reconhecer a defesa como correta, considerar somente os valores “revisados”, após ciência ao autuado e ao autuante, ou anular os itens da autuação e determinar a renovação do procedimento fiscal.

Quanto à infração 6, diz que intimou o autuado a apresentar os livros originais de seus fornecedores, tendo sido apresentadas fotocópias autenticadas e, por essa razão, entende que são legítimas. Acosta ao processo, às fls. 1406 a 1450, as cópias dos referidos documentos.

O autuado se pronuncia concordando com o resultado da diligência.

Por sua vez, o autuante se mostra inconformado com a diligência realizada e aponta diversos erros cometidos pelo diligente em seu trabalho.

A 3ª JJF, tendo em vista a impugnação do trabalho diligencial feita pelo autuante, decidiu retornar o PAF ao diligente da ASTEC para que promovesse o cotejamento entre os levantamentos do autuante e do autuado, relativamente às infrações 1, 2, 3 e 4, apontando as reais diferenças porventura ainda existentes. Quanto à infração 6, foi solicitado ao auditor que intimasse o autuado a apresentar os originais dos livros Registro de Saídas de Mercadorias e Registro de Apuração do ICMS, bem como os documentos de arrecadação dos períodos fiscalizados dos respectivos fornecedores e a comprovar os efetivos pagamentos das referidas compras.

O diligente apresentou novo Parecer com a indicação detalhada dos erros praticados e apresentou demonstrativo do débito revisado.

O autuante foi cientificado do resultado da diligência, mas não se manifestou nos autos. Todavia, o contribuinte, ao se pronunciar sobre o trabalho do diligente, apontou, de forma detalhada e por produto, todos os equívocos que, em seu entendimento, teriam sido cometidos pelo auditor, relativamente ao levantamento de estoques.

Mais uma vez o órgão julgador converteu o PAF em diligência para que o diligente se manifestasse sobre os erros apontados e intimasse o autuado a comprovar o efetivo pagamento das aquisições de mercadorias dos fornecedores objeto deste lançamento relativamente à infração 6, solicitação que não havia sido cumprida na diligência anterior.

O diligente apresentou o Parecer ASTEC nº 0219/2003 refazendo novamente o levantamento de estoques e apresentando dois demonstrativos de débito. No primeiro, apurou ICMS de R\$40.058,27 e, no segundo, ICMS de R\$32.004,20, caso este órgão julgador acatasse a argumentação defensiva de que houve erro na escrituração do livro Registro de Inventário do produto Calabresa Sadia.

Anexou ao PAF os livros fiscais dos fornecedores, os quais lhe foram entregues pelo autuado.

Tanto o autuante como o autuado, cientificados do resultado da diligência, manifestaram-se apontando equívocos no trabalho do diligente.

A Decisão de Primeira Instância pela Procedência Parcial do Auto de Infração em lide, assim fundamentou seu entendimento:

Na última diligência efetuada (Parecer ASTEC nº 0219/2003 - fls. 1989 a 1996), em relação às infrações 1, 2, 3 e 4, o diligente apresentou dois demonstrativos: no primeiro, apurou ICMS de R\$40.058,27 e, no segundo, ICMS de R\$32.004,20, deixando a este órgão julgador a incumbência de acatar ou não a argumentação defensiva, de que teria havido erro na escrituração do livro Registro de Inventário relativamente ao produto Calabresa Sadia.

Ocorre que, em nenhum momento, foi aventada, pelo autuado, a hipótese de ter havido equívoco na escrituração do livro Registro de Inventário, como descrito pelo diligente, além do que não foi trazida aos autos nenhuma prova da existência de tal erro material. Sendo assim, deve ser acatado, como estoque final de 1999, a quantidade de 9.169 Kg de Calabresa Sadia (correspondente a 1.222,54 fardos de 7,5 Kg do produto), consoante o levantamento de

fls. 2005 a 2009. Ressalte-se que o diligente utilizou, para a citada mercadoria, a unidade “fardo”, no exercício de 1999 (fls. 2005 a 2009) e Kg, no exercício de 2000 (fls. 2015 a 2018), havendo harmonia nos quantitativos em relação aos estoques, entradas e saídas daquela mercadoria, bem como no preço médio unitário em cada exercício, não se constatando, assim, a incorreção apontada pelo autuado, às fls. 2034 a 2037, de que teria havido distorção na apuração. Observe-se, por oportuno, que a incorreção apontada pelo autuado na unidade de medida efetivamente ocorreu no levantamento de fls. 2019 a 2022, mas não estou acatando aquele demonstrativo neste julgamento.

Não obstante isso, como apontado pelo contribuinte, o diligente se equivocou nesse último trabalho ao exigir o tributo, por omissão de saídas (no exercício de 1999), em relação a açúcar e conhaque Dreher, mercadorias cujo imposto é recolhido por antecipação tributária. Sendo assim, deve ser excluído, da infração 4, o débito de R\$2.290,11, devendo, entretanto, ser aplicada a multa de 1 UPF/BA, consoante o disposto no artigo 5º, inciso III, da Portaria nº 445/98.

Ainda em relação ao exercício de 1999, conforme o levantamento de fls. 2005 a 2009, verifica-se que o fiscal estranho ao feito apurou uma omissão de entradas de mercadorias com tributação normal no valor de R\$115.830,05 e uma omissão de saídas de R\$52.915,37.

Acorde o artigo 13, da Portaria nº 445/98, nesta situação, deve-se exigir o imposto incidente sobre o valor da omissão de entradas, por ser a importância de maior expressão monetária, com base na presunção legal de que foram realizadas anteriormente, pelo contribuinte, operações de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o lançamento do ICMS na escrita (Lei nº 7014/96, art. 4º, § 4º).

Entretanto, de forma equivocada, o diligente calculou a multa de 10% sobre a omissão de entradas (R\$115.830,05), apurando o montante de R\$11.583,01, quando deveria ter cobrado o ICMS, à alíquota de 17% sobre R\$115.830,05, com débito de R\$19.691,11 no exercício de 1999.

O diligente também cometeu um erro, no exercício de 2000, ao cobrar o ICMS relativo à omissão de entradas e de saídas de mercadorias em desacordo com o que determina a Portaria nº 445/98.

A mencionada Portaria nº 445/98 (artigo 15 c/c o artigo 13), estabelece as seguintes regras, quando for constatada omissão de entradas e saídas de mercadorias em levantamento de estoques em aberto (na situação em análise, no período de 01/01/00 a 19/04/00):

1. deve ser exigido o ICMS devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhas de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas ainda estiverem fisicamente em estoque;
2. se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas não mais estiverem no estoque, deve-se verificar se a omissão de entradas remanescente é maior ou menor que a omissão de saídas e exigir o imposto relativo à omissão de maior expressão monetária.

No caso em análise, deve ser exigido, no exercício de 2000 (fls. 2015 a 2018), o seguinte:

1. falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se a seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, referente às seguintes mercadorias:

MERCADORIA	Entradas S/NF (igual ou inferior ao EF)	Preço Unitário R\$	Omissão Entradas Respons. Solidária R\$	Alíquota %	ICMS Devido R\$

Óleo de Soja Liza	1100	0,98	1.078,00	7%	75,46
Café Amigo Refil	48	1,13	54,24	17%	9,22
Des. Perfumado Chanelle	108	2,57	277,56	17%	47,19
Esponja de Aço Assolan	3360	0,04	134,40	17%	22,85
Leite Molico Decorado	288	2,88	829,44	17%	141,00
Leite Ninho Instantâneo	120	3,10	372,00	17%	63,24
Maizena 200 g	100	0,39	39,00	17%	6,63
Milho Alpiste Izabella	300	0,42	126,00	17%	21,42
Papel Hig. Personal Perf	576	0,32	184,32	17%	31,33
Sabão em Pó POP	192	1,01	193,92	17%	32,97
Sabão Minuano	2100	0,26	546,00	17%	92,82
Sardinha Rubi Óleo/Tomate	50	0,57	28,50	17%	4,85
TOTAIS			3.863,38		548,97

2. falta de recolhimento do imposto por omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, pelo fato de a omissão de saídas constatada (R\$71.494,71) ter sido superior à de entradas de mercadorias não mais existentes em estoque (R\$13.604,10), da seguinte forma, considerando que há duas alíquotas de ICMS incidentes (17% e 7%):

a. base de cálculo de R\$54.469,41 e ICMS (17%) de R\$9.259,80;

b. base de cálculo de R\$17.025,30 e ICMS (7%) de R\$1.191,77.

3. Quanto ao exercício de 1998, deve ser aceito o resultado apontado pelo diligente, mesmo porque não houve impugnação das partes.

Em referência à infração 5, o autuado apontou alguns equívocos que teriam sido cometidos no lançamento, o que foi acatado pelo autuante, que reduziu o valor do débito para R\$4.733,96, justamente o valor reconhecido pelo contribuinte. Sendo assim, entendo que está correto o montante retificado, conforme o demonstrativo de débito elaborado pelo preposto em sua informação fiscal (fl. 1182).

Relativamente à infração 6, exige-se o ICMS por utilização indevida de crédito fiscal referente às Notas Fiscais n^{os} 903 a 910 e 9246 a 9250, emitidas pela empresa J. H. Comercial e Transportes Ltda., e n^o 1010, emitida pelo contribuinte NORD-SUL – Comércio Importação e Exportação Ltda., ambos localizados no Estado de Sergipe, pelo fato de a Fiscalização ter considerado que não houve a efetiva operação de circulação de mercadorias (fls. 277 a 292), fato negado pelo autuado.

Inicialmente, devo ressaltar que, apesar de o diligente ter intimado o sujeito passivo a apresentar os comprovantes de pagamento das aquisições realizadas junto às empresas acima mencionadas (fl. 2023), o contribuinte se limitou a responder que já havia entregue ao fiscal estranho ao feito tudo o que dispunha e que possuía apenas os recibos de pagamento feitos em espécie, também já disponibilizados (fl. 2024).

Examinando todos os elementos constantes no PAF cheguei às seguintes conclusões:

1. como ressaltado pelo autuante, nenhuma das notas fiscais aludidas possui carimbo ou selo dos Postos Fiscais situados na fronteira dos Estados de Sergipe e Bahia, contrariamente a todos os demais documentos fiscais;
2. as Notas Fiscais n^{os} 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909 e 910 (fls. 284 a 291) possuem a sua numeração feita a mão, ao invés de tipograficamente, em clara transgressão às normas legais, e, inclusive, não estão autenticadas pela Secretaria da Fazenda de Sergipe. Ademais, possuem uma tipografia completamente diferente das demais notas fiscais emitidas pelo contribuinte no mesmo mês de setembro/99 (fls. 279 a 283). Aliado a esse fato, tais documentos fiscais foram emitidos, todos no mesmo dia 29/09/99, pela empresa J. H. Comercial e Transportes Ltda., cujo sócio é irmão do sócio do estabelecimento autuado;

3. os livros fiscais trazidos aos autos, da empresa J. H. Comercial e Transportes Ltda., na verdade, são listagens de computador, não encadernadas, não podendo ser acatadas como prova de que as citadas notas fiscais foram escrituradas pelo remetente e sofreram a tributação pelo imposto estadual na saída de Sergipe, uma vez que sequer foram anexados os documentos de arrecadação do imposto supostamente pago ao Estado de Sergipe nos meses fiscalizados;
4. verifica-se, pela listagem de computador do livro de saídas, que a empresa J. H. Comercial e Transportes Ltda., vinha escriturando todas as suas notas fiscais em ordem cronológica até a de nº 9200, lançada em 20/08/99, “pulando” para a de nº 9252 (emitida em 20/08/99). As Notas Fiscais nºs 9246 a 9250 (objeto desta autuação) somente foram emitidas em 04/09/99 e registradas após a de nº 9962, emitida em 03/09/99, sugerindo que foram deixadas em branco e preenchidas posteriormente;
5. como mencionado anteriormente, não foram acostados os comprovantes de pagamentos, feitos pelo autuado ao seu fornecedor, das aquisições supostamente realizadas e, além disso, o sujeito passivo, em sua declaração de fl. 2024, assegurou que as quitações foram feitas em espécie, o que não parece crível, mormente em se tratando de estabelecimentos localizados em diferentes unidades da Federação.

Por tudo quanto foi exposto, considero que restou comprovado, em relação às Notas Fiscais nºs 903 a 910 e 9246 a 9250, emitidas pela empresa J. H. Comercial e Transportes Ltda., que não houve a efetiva operação de circulação de mercadorias, devendo ser exigido o ICMS, por utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$9.546,80 (30/09/99), conforme o documento de fl. 278.

Relativamente à Nota Fiscal nº 1010, emitida pelo contribuinte NORD-SUL – Comércio Importação e Exportação Ltda., a operação de compra não foi comprovada pelo autuado, seja por cheques, extratos bancários, duplicatas ou quaisquer outros documentos e verifica-se que, coincidentemente, o contribuinte remetente apresentou, no período de dezembro/99 a abril/01, saldos credores na conta corrente fiscal. Ademais, observa-se claramente que a mencionada nota fiscal foi “enxertada”, tanto no livro Registro de Saídas como no Registro de Apuração (total alterado, caneta diferente e a numeração (nº 1010) não condizente com o primeiro mês de atividade do contribuinte), considerando que o livro Registro de Saídas apresentado foi o primeiro livro escriturado pelo contribuinte.

Ressalte-se que foram lançadas no livro Registro de Saídas as Notas Fiscais nºs 0001 a 0038 (emitidas entre 29/12/99 e 31/12/99) e, no dia 14/12/99, foi registrado o documento fiscal, objeto desta autuação, o qual foi emitido também no dia 14/12/99 (fl. 292), demonstrando que foi inserido posteriormente.

Ademais, como salientado pelo autuante, no citado livro fiscal, no mês de janeiro/00, à fl. 4, consta, no campo “Observações”, que a Nota Fiscal nº 1010 foi cancelada (linha 3).

Também neste caso, entendo que ficou comprovado que não houve a efetiva operação de circulação de mercadorias, devendo ser exigido o ICMS, por utilização indevida de crédito fiscal, no valor de R\$5.796,00 (31/12/99), conforme o documento de fl. 278.

Deve-se observar, por oportuno, que não se está duvidando da existência ou regularidade dos contribuintes remetentes, mas apenas que não ocorreram as operações de circulação de mercadorias objeto desta autuação.

Por fim, deve ser retificada a multa indicada na infração 6, de 100% para 150%, conforme o disposto no artigo 42, inciso V, alínea “b”, da Lei nº. 7.014/96, “em razão da utilização indevida de crédito, quando a mercadoria não houver entrado real ou simbolicamente no estabelecimento”.

O recorrente interpõe Recurso Voluntário pleiteando a reforma parcial das conclusões relativas aos itens 2 e 3 e integral da infração 6.

Aponta que o erro persistente no levantamento decorre de ter sido considerado indevidamente no inventário do estoque final do exercício de 1999 a existência de 9.169 kg do produto “calabresa Sadia”, quando o correto seria 916,900 kg, quantidade que transformada em “fardos” de 7,5 kg, importaria em 122,2 fardos. Erro esse mantido no anexo II apresentado pelo diligente e que resultou em omissão de entradas naquele exercício.

Aduz que o quantum considerado como estoque final daquele produto no exercício de 1999 repercutiu no levantamento relativo ao ano de 2000, resultando na redução do valor devido no respectivo demonstrativo de débito.

Em relação à infração 6, argumenta que para defender-se da acusação obteve junto aos fornecedores cópia do livro Registro de Saídas, onde constam regularmente lançadas as notas fiscais relacionadas no levantamento. Providenciou, ainda, declaração da Exatoria Regional de Lagarto e do cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda de Sergipe, comprovando que aqueles contribuintes estão em plena atividade e regularmente inscritos.

Analisa e transcreve os passos das revisões efetuadas para concluir que restaram patentes a legitimidade da documentação e o direito ao creditamento do imposto destacado naquelas notas fiscais, resultando na improcedência da exigência relativa àquele item.

Apresenta novo demonstrativo de débito reconhecendo o valor remanescente de R\$ 37.339,60, para o Auto de Infração em lide.

Assim, requer que o Auto de Infração seja julgado Parcialmente Procedente, para exigir o valor reconhecido.

Os autos foram encaminhados para a PGE/PROFIS e a Dra. Sylvia Amoêdo entendeu que o processo deveria ser remetido ao mesmo diligente da ASTEC, para que sejam consideradas as observações do recorrente e caso afirmativo que apresente novo demonstrativo para o débito remanescente.

O pedido da Douta procuradora foi acatado por esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal e encaminhada a diligência à ASTEC.

O diligente observa que já havia submetido ao julgador de Primeira Instância o levantamento de estoques corrigindo a quantidade do produto “calabresa”, acata os valores indicados pelo recorrente e elabora demonstrativo de débito com os novos valores, embora ressalte que, se acaso o julgador assim não entender, que seja mantido o demonstrativo do primeiro julgamento.

O PAF foi reencaminhado a PGE/PROFIS e a Dra. Sylvia Amoêdo emitiu novo Parecer observando que fora solicitado a ASTEC verificação do equívoco cometido em relação à escrituração do autuado em relação ao item “calabresa”, referente à casa decimal, que teria alterado o montante dos valores utilizados no demonstrativo de débito pelo autuante, fato observado desde a defesa do autuado.

Aponta que o revisor acata os valores indicados pelo recorrente e elabora demonstrativo de débito com os novos valores, embora ressalte que se acaso o julgador assim não entender, que seja mantido o demonstrativo do primeiro julgamento. A Douta procuradora discorda da posição do revisor e opina pelo acatamento dos novos valores para os itens 2 e 3 do Auto de Infração.

Observa, ainda, que o recorrente, ao se manifestar sobre a diligência, volta a se irresignar quanto ao item 6, alegando que anexou aos autos, por duas vezes, toda a documentação solicitada pelo revisor e para demonstrar a correção de suas operações, obteve junto aos fornecedores cópias dos Livros de Apuração do ICMS e do Livro de Saídas de Mercadorias para provar que lá estão regularmente lançadas as referidas notas fiscais. Juntou também Declaração da Exatoria Regional de Lagarto e ficha SIDAT da SEFAZ do Estado de Sergipe, demonstrando que se trata de contribuintes regularmente inscritos e em atividade.

Salienta ademais que atenta ao voto da relatora da primeira instância que se sustenta ao fato de não haver, nas referidas notas fiscais, carimbos de postos fiscais no Estado da Bahia, contactou

com a INFAZ de trânsito, obtendo a informação de não haver postos fiscais no percurso de Sergipe até Salvador, por quem vier pela linha verde e que é o caso dos autos.

Conclui que analisou a documentação anexada pelo recorrente e observou que se trata de contribuintes em plena atividade naquele Estado e não entende as razões que levaram a considerar inidôneas as aludidas notas fiscais e à glosa dos créditos, pois entende tratar-se de operações lícitas, com documentação idônea, com todos os requisitos exigidos em lei e prontas a gerar crédito fiscal possível de apropriação.

Face ao exposto, opina pelo acatamento das conclusões da ASTEC em relação aos itens 2 e 3 e pelo Provimento do Recurso Voluntário interposto em sua totalidade, por entender provada a regularidade das operações e a idoneidade da documentação fiscal que motivou a glosa indevida dos créditos fiscais, objeto da infração 6.

VOTO

Em relação ao Recurso de Ofício, que abrange as infrações 1, 2, 3, 4 e 5, constato que as quatro primeiras apuradas por levantamento quantitativo de estoques, foram objetos de três diligências consecutivas, das quais, tanto o autuante como o contribuinte, tiveram oportunidade de se pronunciar.

Os julgadores da Decisão recorrida acataram, parcialmente, o resultado da última diligência e optaram por não considerar a alternativa apresentada pelos revisores no tocante ao produto “Calabresa Sadia”, que é um dos pontos discordantes, a ser adiante analisado no Recurso Voluntário impetrado pelo contribuinte.

Assim, o relator de primeira instância, considerou que o diligente havia se equivocado ao exigir o tributo, por omissão de saídas, no exercício de 1999, em relação a açúcar e conhaque “Dreher”, por serem mercadorias cujo imposto é recolhido por antecipação tributária. Por isso, acertadamente, excluiu a exigência do imposto, na infração 4, mas aplicou a multa prevista no artigo 5º, inciso III, da Portaria nº 445/98.

Ainda em relação ao levantamento de estoque no exercício de 1999 e, igualmente, quanto ao do ano de 2000, corrigiu os valores apurados pelo diligente, aplicando as determinações da Portaria nº 445/98.

Eis que, cobrou o ICMS, à alíquota de 17% sobre a omissão de entradas, no montante de R\$ 115.830,15, por ser a de maior expressão monetária, exigindo o imposto correspondente, no valor de R\$ 19.691,11 para o exercício de 1999, corrigindo o diligente que optara pela cobrança de multa de 10% sobre o valor das entradas.

Já em relação ao exercício de 2000, verificou que o diligente havia cobrado o imposto relativamente à omissão de entradas e de saídas de mercadorias, também em desacordo a referida Portaria nº 445/98 e considerou que devia ser cobrado, como omissão de entradas, a falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque, desacompanhadas da respectiva documentação fiscal.

Por outro lado cobrou a omissão de saídas, por ter sido superior à de entradas, das mercadorias não mais existentes em estoque, considerando as alíquotas cabíveis de 7% e 17%.

Acatou a revisão efetuada pelo diligente no levantamento relativo ao exercício de 1998, considerando que fora acatado pelas partes.

Igualmente, no tocante à infração 5, por considerar que os equívocos apontados pelo autuado em sua defesa foram acatados pelo autuante, que reconheceu os valores recolhidos pelo contribuinte e refez o demonstrativo de débito.

Assim, considero que sob a ótica do Recurso de Ofício, a Decisão recorrida deve ser mantida porque lastrada nas revisões efetuadas e pela aplicação correta do disposto na Portaria nº 445.

O PAF foi reencaminhado a PGE/PROFIS e a Dra. Sylvia Amoêdo emitiu novo Parecer observando que fora solicitado a ASTEC verificação do equívoco cometido em relação à escrituração do autuado em relação ao item “calabresa”, referente à casa decimal, que teria alterado o montante dos valores utilizados no demonstrativo de débito pelo autuante, fato observado desde a defesa do autuado.

Aponta que o revisor acata os valores indicados pela recorrente e elabora demonstrativo de débito com os novos valores, embora ressalte que se acaso o julgador assim não entender, que seja mantido o demonstrativo do primeiro julgamento. A Douta procuradora discorda da posição do revisor e opina pelo acatamento dos novos valores para os itens 2 e 3 do Auto de Infração.

Observa, ainda, que o recorrente, ao se manifestar sobre a diligência, volta a se irressignar quanto ao item 6, alegando que anexou aos autos, por duas vezes, toda a documentação solicitada pelo revisor e para demonstrar a correção de suas operações, obteve junto aos fornecedores cópias dos Livros de Apuração do ICMS e do Livro de Saídas de Mercadorias para provar que lá estão regularmente lançadas as referidas notas fiscais. Juntou também Declaração da Exatoria Regional de Lagarto e ficha SIDAT da SEFAZ do Estado de Sergipe, demonstrando que se trata de contribuintes regularmente inscritos e em atividade.

Salienta ademais que atenta ao voto da relatora da primeira instância que se sustenta ao fato de não haver, nas referidas notas fiscais, carimbos de postos fiscais no Estado da Bahia, contactou com a INFAZ de trânsito, obtendo a informação de não haver postos fiscais no percurso de Sergipe até Salvador, por quem vier pela linha verde e que é o caso dos autos.

Conclui que analisou a documentação anexada pela recorrente e observou que se trata de contribuintes em plena atividade naquele Estado e não entende as razões que levaram a considerar inidôneas as aludidas notas fiscais e à glosa dos créditos, pois entende tratar-se de operações lícitas, com documentação idônea, com todos os requisitos exigidos em lei e prontas a gerar crédito fiscal possível de apropriação.

Face ao exposto, opino pelo acatamento das conclusões da ASTEC em relação aos itens 2 e 3 e pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto em sua totalidade, por entender provada a regularidade das operações e a idoneidade da documentação fiscal que motivou a glosa indevida dos créditos fiscais, objeto da infração 6.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0021/99-5**, lavrado contra **SUPERMERCADOS IZABELLA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$37.339,60**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.733,96 e 70% sobre R\$32.605,64, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **1 UPF-BA**, prevista no art. 42, XXII, da referida lei, devendo ser homologados os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS