

A. I. Nº - 207093.0009/01-2

AUTUADO - BIMBO DO BRASIL LTDA. (PLUS VITA ALIMENTOS LTDA.)

AUTUANTE - JUVÉNCIO RUY CARDOSO NEVES

ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO

INTERNET - 10. 02. 2004

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

**ACÓRDÃO JJF Nº 0016-04/04**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Após realizar a correção do levantamento quantitativo, restou caracterizada a ocorrência de omissão de entradas e de saídas de mercadorias em um mesmo exercício, sendo o valor da diferença de saída superior ao da entrada. Nessa situação deve ser exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária. Infração parcialmente caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS REALIZADAS POR MICROEMPRESAS. IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Com relação a esta infração já houve Decisão em julgamento anterior, a qual prevalece, como sendo objeto de análise neste julgamento. 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 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, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa.

A infração 2 já foi apreciada na esfera administrativa em 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> instâncias. Quanto à infração 1, a Decisão tomada no Acórdão JJF Nº 0430-04/02 foi anulada pelo Acórdão CJF Nº 0056-11/03, sendo o processo encaminhado a esta 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal para saneamento e para julgamento do mérito.

Em razão da Decisão exarada no Acórdão CJF Nº 0056-11/03, o processo, relativamente à infração 1, retorna ao seu ponto inicial. Dessa forma, passo a relatar a lide apenas em relação a essa infração, desde a peça vestibular até antes do Acórdão CJF Nº 0056-11/03.

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, sendo que o débito referente à infração 1

estava incluído nessa intimação (fls. 508 a 512). Em 18/01/02, o autuado solicitou a prorrogação do prazo para prestar informações sobre o débito constante na citada intimação.

Por meio de advogados legalmente constituídos, 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 a infração imputada ao autuado, pois 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. 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.

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

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. Salienta que não utilizou presunção no lançamento, e que os números constantes nos demonstrativos não foram contestados em momento algum. Assevera que o pedido de perícia feita pelo autuado é desnecessário, 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 citados pelo autuado, o fiscal assevera que eles são referentes a mercadorias não foram selecionadas para fazer parte do levantamento ou são relativos a vendas efetuadas fora do estabelecimento (situação em que só são consideradas as notas fiscais de vendas realizadas).

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

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.

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), foram anexados 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 diligência 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.

Em 19/11/02, conforme decisão contida no Acórdão JJF Nº 0430-04/02 (fls. 1496 a 1500), a 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal julgou a infração em lide nula, por inexistirem nos autos elementos que permitissem determinar, com segurança, o cometimento da infração que foi imputada ao autuado e o montante do débito. Nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, a 4<sup>a</sup> JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras do CONSEF.

O autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 1510 a 1519. A PROFAZ, em seu parecer de fls. 1526 e 1527, opinou pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário interposto.

Por meio do Acórdão CJF Nº 0056-11/03, a 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal reformou a decisão que julgou nula a infração 1 e determinou o retorno do processo à 1<sup>a</sup> instância para saneamento do processo e apreciação do mérito da lide.

O processo foi submetido a pauta suplementar e a 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência, para que o autuante atendesse a determinação contida no Acórdão CJF Nº 0056-11/03.

Considerando que o autuante não mais se encontrava lotado na INFRAZ Simões Filho, foi designado o auditor fiscal Anselmo Leite Brum para atender a diligência solicitada pela 4<sup>a</sup> JJF, conforme Ordem de Serviço Nº 535785/03.

De acordo com o diligenciador, foram verificadas as entradas e saídas de mercadorias, por meio dos arquivos magnéticos, para confirmar a acusação de omissão de saídas e identificar o real valor das omissões, se porventura existentes. Segundo o auditor fiscal, as quantidades das entradas de mercadorias apuradas na diligência praticamente coincidem com as detectadas pelo autuante, pois a diferença verificada era insignificante; foram mantidos os preços unitários médios, pois não foram questionados pelo autuado; foram corrigidas as quantidades das saídas de mercadorias, já que o autuante deixou de considerar inúmeras operações de saídas de mercadorias acobertadas por documentos fiscais.

Após refazer o levantamento quantitativo, conforme demonstrativo à fl. 1553, o auditor fiscal designado apurou a ocorrência de omissões de entradas e de saídas de mercadorias tributáveis, com bases de cálculo de R\$ 1.408,50 e R\$ 55.144,16, respectivamente. De acordo com o diligenciador, deve ser exigido o ICMS, no valor de R\$ 9.374,15, referente à omissão de saída de mercadorias. Às fls. 1554 a 1560, foram anexados ao processo um resumo mensal das saídas, bem como cinco disquetes com as saídas analíticas mensais.

O autuado recebeu cópia do resultado da diligência (fl. 1559) e, em 22/12/03, solicitou o pagamento do débito relativo à infração em tela, no valor de R\$ 9.374,15, com o benefício da Lei nº 8887/03, tendo apresentado o DAE correspondente (fl. 1563).

## 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.

Quanto à segunda preliminar de nulidade, saliento que conforme entendimento da 1<sup>a</sup> Câmara de Julgamento Fiscal, os erros existentes no levantamento quantitativo de estoques não são razão para a nulidade do lançamento, pois os mesmos podem ser sanados mediante diligência, a qual foi solicitada por este relator e foi executada por preposto da INFRAZ Simões Filho. Dessa forma, essa preliminar de nulidade foi devidamente afastada pela 1<sup>a</sup> CJF.

Adentrando no mérito da lide, constato, com base na diligência saneadora efetuada, que o levantamento quantitativo passou a apresentar omissões de entrada e de saída de mercadorias, com bases de cálculos de R\$ 1.408,05 e R\$ 55.144,16, respectivamente. Nessa situação, de acordo com o art. 13, I, da Portaria nº 445/98, deve ser exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária, isso é, sobre a omissão de saídas. Dessa forma, considero que a infração 1 está parcialmente caracterizada no valor de R\$ 9.374,51 (R\$ 55.144,16 x 17%). Saliento que o autuado reconheceu como devido esse valor, tendo apresentado fotocópia de DAE referente ao seu pagamento.

Quanto à infração 2, no valor de R\$1.392,24, volto a salientar que a mesma já foi julgada procedente na esfera administrativa em 1<sup>a</sup> e 2<sup>a</sup> instância.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 10.766,75.

## 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 **BIMBO DO BRASIL LTDA. (PLUS VITA ALIMENTOS LTDA.)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 10.766,75**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 9.374,51 e de 60% sobre R\$ 1.392,24, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “e”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, homologando-se os valores já efetivamente recolhidos.

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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de fevereiro de 2004.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR