

**A. I. N°** - 324910304  
**AUTUADO** - J. FAHIEL COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA.  
**AUTUANTE** - EDVAL RAMOS DE SANTANA  
**ORIGEM** - INFAZ JACOBINA  
**INTERNET** - 29.09.2005

## **1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0346-01/05**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoque indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Revisão fiscal comprova descaber parte da exigência do tributo. Infração parcialmente subsistente. 2. DIFERIMENTO. GARRAFAS VAZIAS E USADAS. VENDAS A CONTRIBUENTES NÃO CREDENCIADOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O contribuinte comprova o lançamento dos documentos nos livros Registros de Saídas e de Apuração, fato confirmado na revisão fiscal. Infração insubsistente. Rejeitadas as preliminares argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/01/97, exige ICMS no valor de R\$51.752,61, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – falta de recolhimento do imposto decorrente de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por ter o autuado adquirido garrafas vazias e usadas a não contribuintes, sem a emissão de nota fiscal de entrada, provocando uma omissão de entradas de mercadorias tributáveis, adquiridas com renda de origem não comprovada, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, no exercício de 1995, no valor de R\$225.618,63, com ICMS devido de R\$38.355,17;

Infração 02 – efetuou vendas de garrafas vazias e usadas para contribuintes deste Estado que não estão credenciados no regime de diferimento e para outros Estados, sem o recolhimento antecipado do ICMS no valor de R\$13.397,44.

O autuado, às fls. 44 a 52, apresentou impugnação alegando, inicialmente, nulidade da ação fiscal por existência de descompasso entre as infrações descritas no Auto de Infração e as relacionadas no Termo de Encerramento de Fiscalização.

Em relação ao mérito da autuação, argumentou existência de impropriedade nos levantamentos levados a efeito, a saber:

Item 1 – trata-se de mercadoria enquadrada no regime de diferimento, adquiridas com destaque do ICMS em operações internas e interestaduais, não havendo o uso de benefício do diferimento, haja vista que nas saídas para contribuintes deste e de outros Estados, foram emitidas notas fiscais e destacado o imposto, com o respectivo lançamento no Livro Registro de Saídas, resultando imposto a recolher decorrente da aplicação do instituto da conta corrente fiscal. Para comprovação do alegado, anexou relação para comprovação da quantidade e valor de todas as saídas de garrafeiras e garrafas no exercício de 1995 e de cópias de folhas do livro Registro de Saídas, onde constam todas as notas devidamente lançadas, aduzindo que o procedimento não causou prejuízo ao Erário Público, uma vez que o ICMS devido pelas vendas de garrafas usadas e vazias, num total de 596.968 peças e das 10.200 garrafeiras, no montante de R\$12.653,23, foi debitado e pago, sendo que a quantia de R\$750,72, não poderia ter sido paga, nem exigida pelo autuante, por tratar-se de ICMS de nota cancelada, (docs. às fls. 53 a 75).

Item 2 – no Demonstrativo de Estoque o autuante apurou um débito decorrente das entradas sem notas fiscais, no valor base de cálculo de R\$225.618,63, com ICMS de R\$38.355,17, por omissão de entrada de mercadorias, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadoria. Alegou que não se conformando com o levantamento, processou levantamento analítico de entrada e saída (fls. 76 a 81), agrupando todas as garrafas num só item, tal como constam comercializadas em diversas notas fiscais (fls. 82 a 86) e também relacionadas no estoque final, tendo apurado uma base de cálculo de R\$7.247,18 e ICMS de R\$1.232,02, conforme Demonstrativo de Estoque que elaborou.

Argumentou que nos levantamentos processados pelo autuante, foram detectadas incorreções, já que não foram computadas determinadas notas fiscais de entradas e saídas, além de ter sido incluído, indevidamente, notas fiscais relativas às saídas de simples remessas – vasilhames para acondicionamento -, comprometendo a autenticidade do levantamento efetuado pelo autuante.

Requeru diligência por preposto estranho ao feito e, em face do exposto, requereu a procedência em parte do Auto de Infração, reconhecendo ser devedor, apenas, do valor de R\$1.232,02, tendo já requerido o seu parcelamento.

O autuante, às fls. 90 a 92, informou não existir descompasso entre o descrito no Termo de Encerramento de Fiscalização e o Auto de Infração e sim a exigência do imposto devido, uma vez que a cobrança de determinada irregularidade alcança outra. Exemplificou o fato dizendo que ao cobrar o imposto pela omissão de entradas de mercadorias tributáveis, foi alcançada a irregularidade do item 1, aquisição de garrafas vazias e usadas a não contribuintes. Como se trata de produto enquadrado no regime de diferimento a empresa não estava habilitada a operar neste regime e que também adquiriu mercadorias a não contribuinte, em que o imposto deveria ter sido pago por antecipação.

Esclareceu, em relação a segunda infração, que o autuado colocava sobre um caminhão diversas caixas vazias, onde descrevia como tipo de operação “Simples Remessa de Imobilizado para Apanha”- compra de garrafas a não contribuintes diversos. Como não foram comprovadas as quantidades compradas, bem como o pagamento do imposto, apesar de na intimação ter sido relacionadas todas as notas fiscais grafadas com esse tipo de operação, concluiu que sempre que o caminhão saía para compra, retornava com as caixas completamente cheias, resultando no total das garrafas levantadas.

Transcreveu os arts. 9º, VIII, 10, 11, §§ 4º e 5º, I, alíneas “a” e “b”, II, alíneas “a” a “e”, § 6º, I, todos do RICMS/89, para alicerçar a exigência fiscal.

Opinou pela manutenção da autuação.

A então 6ª JF deliberou em pauta suplementar que o processo fosse encaminhado em diligência a ASTEC/CONSEF, para fins de revisão fiscal, solicitando que fosse verificado se houve o destaque do imposto nas notas fiscais, por ocasião das vendas e o respectivo débito na escrita, como alegou o autuado e, ao final, fosse elaborado novo Demonstrativo do Débito.

Cumprida a diligência, às fls. 96 e 97, o auditor fiscal diligente esclareceu que foram conferidos os demonstrativos anexados pelo autuado, em confronto com os do autuante, juntamente com a devida documentação e elaborados novos demonstrativos de entradas, de saídas e de estoque, tendo o débito do imposto sido reduzido para R\$749,13 (fl. 98/103). Aduziu que a diferença existente entre seus levantamentos e os do autuante, dentre outros fatos, foi em razão do mesmo ter computado as saídas para simples remessa para caminhão como saídas efetivas e não considerado o retorno dessas remessas como entradas, daí a expressiva diferença de valores.

Com relação ao item 2 da autuação, disse acreditar já estar devidamente justificado, conforme fls. 53 a 75 anexadas pela defesa.

O CONSEF em despacho à fl. 104, em face do resultado da revisão fiscal, encaminhou o PAF a INFAZ-Jacobina, para dar ciência ao autuado e autuante, tendo os mesmos sido regularmente notificados, conforme assinaturas à fl. 104v.

O autuante, à fl. 105, discordou do resultado da revisão, em relação ao levantamento de estoque, o que ensejou na conversão do PAF em nova diligência a ASTEC, para que o revisor se pronunciasse.

Em resposta a diligência, o auditor revisor informou, à fl. 108, que realmente ocorreu um lapso de sua parte, quanto à inobservância da intimação de fls. 09 a 13, o que modifica totalmente o resultado apurado, com o acatamento das alegações do autuante. Esclareceu que as entradas de mercadorias foram devidamente conferidas e estão relacionadas, às fls. 99 a 101, bem como foi elaborado novo Demonstrativo de Estoque, com base nos levantamentos de fls. 29 a 36 e 99 a 101, relativamente às saídas e entradas de mercadorias, cujo valor remanescente do imposto é de R\$38.005,54. E com relação ao item 2, permanece a informação de fl. 97.

O processo foi encaminhado a INFAZ - Jacobina, para ciência ao autuante e autuado da nova informação prestada pelo revisor da ASTEC, à fl. 108.

O autuado e o autuante foram intimados a tomar ciência da revisão, não se manifestando nos autos.

Às fls. 113 a 116, consta decisão prolatada pela 4ª JF, mediante Acórdão JF nº 2189/00, mantendo o imposto apurado mediante levantamento quantitativo e pela insubsistência do item 02 que trata de vendas de garrafas, exigência do imposto antecipado.

O autuado foi intimado para tomar ciência do resultado do julgamento. À fl. 134, intimação dirigida ao autuado informando do arquivamento da peça recursal por intempestividade. Solicitado pelo autuado o desarquivamento da peça recursal.

A PROFAZ, às fls. 149/150, mediante Parecer nº 149/2001, concluiu pelo não conhecimento do Recurso Voluntário por intempestividade do recurso.

O autuado no Recurso Voluntário, às fls. 153/157, requereu reexame quantitativo relativo as peças analíticas, correspondente ao exercício de 1995, com o acompanhamento do Sr. Júlio César Vilas Boas dos Santos, tendo o CONSEF, através do Acórdão CJF nº 0322/01, às fls. 166/167, decidido pelo provimento do Recurso, remetendo os autos para uma das Câmaras para apreciar as razões do Recurso.

Às fls. 172/173, consta parecer PROFAZ nº 454/01 pelo não provimento do recurso por entender que as razões recursais são incapazes de modificar a decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

A 2ª Câmara de Julgamento, às fls. 175/177, mediante Acórdão CJF nº 0963/01, manteve a decisão recorrida julgando por unanimidade pelo não provimento do Recurso Voluntário.

Novamente, o autuado, às fls. 191 a 196, interpõe Recurso de Revista.

Auditor fiscal designado, às fls. 198/199, informa que a previsão do Recurso de Revista está no art. 169 do RPAF/99. No caso em análise trata-se do cerceamento do direito de defesa pela ausência da ciência, pelo autuado, do resultado de diligência. Na decisão atacada a diligência foi realizada (fls. 96/103 e 108/109) e o autuado tomou ciência através de seu contador (fls. 104V e 111). A tese de cerceamento do direito de defesa foi objeto de análise na oportunidade do julgamento do recurso voluntário, e foi fulminada pelo parecer da PROFAZ.

Novamente, a PROFAZ, mediante parecer nº 779/01, opina pelo não conhecimento do recurso.

A Câmara Superior, mediante Acórdão CS nº 2090-21/01, por decisão unânime, decide pelo Não Conhecimento do Recurso apresentado, para homologar a Decisão Recorrida.

O autuado, às fls. 242 a 254, peticiona “Pedido de Controle da Legalidade” junto a PROFAZ.

Mediante parecer, às fls. 393 a 395, o Procurador Dr. Antonio Carlos de Andrade Souza Filho, opinou pela decretação da nulidade do Auto de Infração.

A representação proposta pela PROFAZ foi acolhida pelo CONSEF, mediante Acórdão CS nº 0007-21/04, às fls. 409/411, tendo como decisão que o PAF reinicie seu curso a partir de nova intimação, uma vez que restou provado falta de intimação regular e formal do sujeito passivo acerca da revisão fiscal efetuada. O contribuinte deveria ser formalmente intimado desta Decisão e acerca da revisão fiscal efetuada, indicando o prazo legal de 10 (dez) dias para impugná-la, nos termos do RPAF/99.

O autuado cientificado do Acórdão acima citado se manifesta, às fls. 418/419, alegando não proceder a autuação pela não incidência de ICMS na movimentação de vasilhames vazios usados, situação que aparece refletida no levantamento da fiscalização porque deixou de fazer a necessária separação da movimentação de vasilhames vazios para aquisição de cerveja e refrigerante perante as indústrias fabricantes desses produtos. Daí ocorreu erro de interpretação do autuante ao atribuir a operação de simples remessa de vasilhames à natureza de venda. Requereu a nulidade do Auto de Infração e ultrapassada, adentrando no mérito seja julgado improcedente.

Esta 1ª JF deliberou em pauta suplementar que o processo fosse encaminhado a INFAZ Jacobina, para que fosse entregue, mediante recibo, cópia do resultado da revisão fiscal, documentos às fls. 96 a 103 e 108/109, comunicando-lhe do prazo de 10 dias para se manifestar nos autos.

Cientificado, o autuado, às fls. 430/443, preliminarmente argüiu que sejam apreciados a petição do Pedido de Controle da Legalidade e todos anexos nele referidos, como prova dos erros do levantamento da diligência de revisão da fiscalização que passam a ser, também, parte integrante da presente manifestação.

Alegou que fiel ao princípio da eventualidade, passa a apontar os erros e equívocos no tocante ao levantamento quantitativo: Na revisão de lançamento de ofício, fls. 96/97 e anexos, o diligente informa existir inconsistência e carece de reparos o trabalho do autuante, reduzindo o débito em 98%. Em seguida, “de forma duvidosa e imprecisa”, resolveu dar credibilidade ao trabalho do autuante, revendo o seu opinativo anterior, para tornar real todo o levantamento apresentado pelo autuante.

Que se o revisor fiscal manteve os mesmos números da autuação, com base na intimação de fls. 9/13 dos autos, é contra essa discrepância que versará a presente manifestação. Disse que os erros

e equívocos cometidos pelo autuante passaram despercebidos no trabalho da última diligência de fl. 108, não sendo a expressão da verdade material e documental o demonstrativo à fl. 109, ficando, de logo, impugnados com base no Pedido de Controle da Legalidade, seus demonstrativos e documentos. Acrescenta que, tais erros referem-se à desconsideração de notas fiscais de entradas de mercadorias, já que no levantamento não foi adicionado o retorno de vasilhames de SUCOVALE e da CIRESF, POLAR, DISBEPE, DIBECOL, DIBEPI, etc, redundando em diminuição total das quantidades de entradas lançadas no demonstrativo de fl. 109, como se verifica da demonstração contida nos Anexos: II – Demonstrativo de Retorno de Vasilhames e as respectivas notas fiscais emitidas pela Sucovale; III – Demonstrativo de Retorno de Vasilhames e notas fiscais emitidas pela CIRESF; IV – Demonstrativo de outros Retornos de Vasilhames e as respectivas notas fiscais. Também, alegou ter sido incluído, pelo autuante e revisor, notas fiscais canceladas e de simples remessa embora comprovado o retorno dos vasilhames, como se verifica das notas fiscais 76, 126, 187, 270 e 413 e o Anexo I – Demonstrativo de Retorno de Vasilhames constantes da Intimação de fls. 9/13 do PAF e as respectivas notas fiscais, todos inseridos no pedido de controle da legalidade.

Argumentou que o trabalho do fisco, no tocante ao levantamento de saídas, impossibilitou o exercício do direito de defesa e violação do princípio do devido processo legal. O autuante teve a sua disposição todos os talões de notas fiscais de saídas, em que foram emitidas notas fiscais de diferentes naturezas de operação referente a bebidas, garrafas vazias e caixas plásticas, tais como: venda, simples remessa, desincorporação do ativo imobilizado, comodato, devolução de simples remessa, não podendo no resultado do levantamento de saída, o fisco exibir a quantificação de forma sintética, por intervalo de 50 notas fiscais, como se verifica do levantamento de saídas juntado pelo autuante. No levantamento de entradas se verifica que foi listado cada nota fiscal, assim, deveria ser efetuado o levantamento das saídas, como meios de possibilitar a exata conferência dos números lançados pelo fisco.

Alegou que se de cada nota fiscal faltou a informação ao contribuinte da especificidade dos diferentes tipos de garrafas, da medida de mensuração e discriminação das quantidades, da modalidade da operação, houve prejuízo para a defesa do autuado e a omissão de elementos indicam insegurança e incerteza da autuação, sem a possibilidade da exata prova em contrário do sujeito passivo, nota fiscal a nota fiscal. Também, alegou ausência de ocorrência do fato gerador presumido pelo autuante e diligente.

Não é verdadeira a alegação do autuante de que o autuado não apresentou as notas fiscais de retorno dos vasilhames. Os documentos estão relacionados no Demonstrativo de Retorno de Vasilhames não considerados pelo autuante, Anexo I do Pedido de Controle da Legalidade, acompanhadas das notas fiscais.

Também, disse que não se pode acreditar na suposição do autuante que o retorno dos vasilhames devessem ocorrer obrigatoriamente no mesmo exercício fiscalizado, desprezando a figura do comodato. Inclusive, é possível a existência de estoque avançado de vasilhames junto as empresas fabricantes de bebidas ou de distribuidoras desses produtos. Assim, houve o retorno ao estabelecimento dos referidos vasilhames.

Se a acusação é de omissão de entradas de vasilhames, a movimentação de vasilhames (simples remessa e a devolução ao remetente) não está sujeita a tributação do ICMS. Assim, o recebimento de vasilhames em devolução, desacompanhada de nota fiscal se reduziria a ocorrência de descumprimento de obrigação acessória de apresentação do documento relativo ao trânsito do vasilhame devolvido, uma vez que o fisco não fez prova de pagamento e recebimento de preço pela suposta compra e venda em que se baseia a autuação.

A legislação não exige a apresentação de nota fiscal de retorno ao estabelecimento remetente de vasilhames, uma vez que dispõe “o trânsito de retorno deve ser acobertado por via adicional da Nota Fiscal relativa à operação de saída”. Não se sustentando a presunção de omissão de entradas que serviu de base à lavratura do Auto de Infração.

A autuação destoa da verdade material e dos princípios norteadores do procedimento de lançamento insculpidos no art. 142 do CTN.

No mérito, disse que só para argumentar fosse verdadeira a dita constatação da omissão de entradas de garrafas e caixas plásticas, cujo pressuposto é a omissão de saídas de outras mercadorias (quais?), afora a cerveja e refrigerantes foram omitidas para justificar a cobrança do tributo. Se a suposição de que as outras mercadorias omitidas são cervejas, refrigerantes, bebidas alcoólicas, todas enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação já encerrada.

Não procede a autuação, por ilegalidade da pretendida cobrança de imposto sem previsão de hipótese de incidência na legislação tributária, e o fisco não comprovar cabalmente a ocorrência do fato gerador. Transcreveu decisão mediante Acórdão JJF nº 2107-01/01, que trata de isenção do imposto na circulação de vasilhames, recipientes e embalagens, inclusive, botijões de gás.

Como base nos elementos de prova exibidos na petição de controle da legalidade e os demonstrativos explicativos totalizadores das quantidades respectivas que seja acatada a aludida petição, bem como, irresignada com a conclusão da diligência e, como aditamento da impugnação inicial, conhecendo-a na integralidade da defesa, dando-lhe os efeitos jurídicos segundo o princípio da apuração da verdade material, da ampla defesa e do contraditório, deferindo diligência fiscal para revisão da autuação com a reconstituição do levantamento quantitativo de estoque a partir de todos os elementos de prova apresentados pelo autuado, caso de plano, não seja admitida a nulidade da autuação por incerteza e insegurança dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, aliados aos equívocos na interpretação dos fatos reproduzidos no resultado da diligência de fl. 109.

Por fim, pede reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, ou, se ultrapassada, adentrando no mérito requer a improcedência da autuação.

O autuante, à fl. 446, informou que o contribuinte foi cientificado do resultado da primeira diligência, no dia 13/12/99. Provocada nova revisão, o autuado foi cientificado no dia 25/07/2000 da segunda diligência. Assim, disse não vislumbrar o porquê do PAF retornar ao início dos procedimentos. Apenas está sendo postergado o pagamento do crédito tributário.

A 1ª JJF, à fl. 450, deliberou em pauta suplementar que o processo fosse encaminhado a ASTEC/CONSEF para que outro revisor fiscal procedesse *in loco* a revisão do lançamento (levantamento quantitativo de estoques), especialmente em relação aos novos documentos juntados pelo autuado, às fls. 255, 261 a 391. Ao final fosse apresentado novo demonstrativo de débito. Fosse dada ciência ao autuado e autuante, entregando ao autuado, cópia do resultado da revisão e comunicando-lhe do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar.

O revisor, às fls. 453/454, através do parecer ASTEC nº 055/2005, esclareceu que atendendo a diligência solicitada, amparado nos documentos apresentados pelo autuado, constantes nos autos e tendo em vista os questionamentos do autuado em que na primeira revisão se fixou nos itens “garrafas e garrafeiras ou caixas plásticas”, analisou o Anexo I (fl. 266) apresentado pelo autuado, adicionando às entradas apuradas pelo autuante todas as quantidades indicadas nas notas de retorno destes itens, como também as quantidades constantes nas notas fiscais às fls. 324/391, relacionadas nos anexos II a IV (fls. 324, 368 e 375), já que não foram consideradas nas entradas pelo autuante, sendo que o ajuste dessas quantidades consta na planilha, à fl. 456.

Informou ter mantido o levantamento do autuante em relação às saídas de garrafas e garrafeiras, com dedução das quantidades indicadas na nota fiscal nº 76-B1 que foi cancelada (fls. 261). E, após os ajustes os itens “garrafas e garrafeiras ou caixas plásticas” passaram a indicar omissão de entradas de 244.569 unidades de garrafas, no total de R\$ 31.793,97, com imposto no valor de R\$ 5.404,97. Também, o revisor informou que, após a primeira diligência efetuada pela ASTEC, a contestação do autuado se fixou nos itens garrafas e garrafeiras, mantendo, deste modo, para os demais itens o levantamento efetuado pelo primeiro revisor, conforme planilha à fl. 98 dos autos. Por fim, concluiu dizendo ter analisado os documentos apresentados pelo autuado e realizado os devidos ajustes no levantamento quantitativo de estoques, mantendo os demais itens apurados pelo primeiro revisor fiscal.

O autuado, às fls. 463/472, através de seu advogado, argumentou merecer reparo na planilha de fl. 456 apresentada pelo revisor, Parecer ASTEC nº 055/2005, considerando que o revisor não lançou nas “deduções das saídas por devolução” as notas fiscais canceladas série B-1 de nºs 126, 187, 270 e 413, para aferir o “total ajustado das saídas”.

Disse estar apresentando a reconstituição do levantamento de estoque (anexo I desta manifestação), sem que esse procedimento possa implicar em confissão de dívida, por existirem outros motivos reveladores da insubsistência da cobrança do tributo relativo a infração 01, os quais representam questões prejudiciais de mérito (itens 1.2, 1.3, 2.1, 2.2, do pedido de controle da legalidade e reiterado na petição de 15/10/2004).

Alegou que em relação ao parecer ASTEC nº 55/2005, não tem nada a corrigir no resultado da diligência quanto ao total ajustado de entradas de garrafas de 2.339.948 unidades e de 94.095 unidades de garrafeiras. Porém, em relação ao levantamento de saídas faltou incluir a dedução das notas fiscais canceladas, série B-1 de nºs 126, 187, 270 e 413, no total de 51.264 unidades de garrafas e 2.136 unidades de garrafeiras.

Efetuados os ajustes, a possível diferença de omissão de entradas de garrafas seria de 200.697 unidades, no total de R\$ 26.090,61, com ICMS de R\$ 4.435,40.

Reiterou os termos da impugnação inicialmente apresentada, bem como, todas as demais manifestações proferidas, pedindo que:

- as matérias já decididas em favor do autuado sejam mantidas, nos termos do Acórdão 2189/00, da 4ª JF e que foi referendado pela 2ª CJF (Acórdão 0963/01) que descaracterizou a infração 02, excluindo o débito, no valor de R\$ 13.397,44;
- admitir, quanto a infração 01, a correção do demonstrativo de estoque elaborado pelo revisor fiscal, para dedução das quantidades indicadas nas notas fiscais canceladas, reduzindo o valor do débito para R\$ 4.435,40, que, ao seu ver, não representa confissão de dívida, em face de norma excludente de tributação na movimentação de vasilhames vazios e usados para efeito das compras e vendas de bebidas em embalagens reutilizáveis transportadas e caixas plásticas;
- dar eficácia e aplicabilidade a Lei Complementar nº 4/69, cujos dispositivos incorporados ao RICMS, dispõem que são isentas do ICMS as remessas e os retornos de materiais de acondicionamentos e embalagens;
- reconhecer o instituto da isenção na movimentação de vasilhames argüida no item anterior e, ainda, no arrazoado de defesa, itens 2.1 e 2.2 da petição de controle da legalidade;
- dar provimento ao pedido de controle da legalidade para reconhecer a improcedência do Auto de Infração;

- reconhecer o direito de restituição dos pagamentos já realizados pelo autuado no curso do processo ou admitir essas parcelas pagas como abatimento de eventual saldo devedor de ICMS, se ultrapassada a arguição de intributabilidade das diferenças de omissão de entradas;

- reconhecer a nulidade do Auto de Infração, face os erros de interpretação evidenciados pela ausência do fato gerador, bem como pela insegurança na determinação da base de cálculo.

Auditor designado a se manifestar quanto ao resultado da revisão fiscal, às fls. 493/494, informou ter alguns reparos a dizer em relação ao parecer nº 055/2005:

- foi determinada realização de nova diligência tendo a relatora ressaltado, expressamente, que a revisão fosse feita *in loco* e pelo que consta dos autos, o diligente louvou-se apenas nos documentos constantes nos autos, já que não consta qualquer intimação ao autuado para exibição ou devolução de livros e documentos, nem anexado nenhum documentos;

- os documentos apresentados pelo autuado, por cópia, e que serviram de base às suas alegações não foram objeto de autenticação por cartório ou por funcionário que os recebeu, à vista dos originais, não tendo valor probatório;

As notas fiscais canceladas, à vista das cópias que foram anexadas ao processo, não foram cumpridas as normas regulamentares para esse tipo de procedimento, além de apresentarem todos os requisitos para a circulação, inclusive a data de saídas, razão pela qual deve ser considerada como efetivada a saída dos produtos nelas constantes.

Opinou pelo saneamento das irregularidades apontadas e, superada a autenticidade dos documentos acostados, sem que haja alteração, concorda com as conclusões do parecer nº 055/2005, exceto quanto à consideração da nota fiscal cancelada pelos motivos já indicados.

O julgador Ângelo Mário de Araújo Pitombo atuou como revisor fiscal, estando, portanto, impedido no presente processo.

## VOTO

Rejeito a arguição de nulidade do Auto de Infração, especialmente em relação a infração 01 que se refere a levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, haja vista que na adoção do roteiro de Auditoria dos Estoques – AUDIF-207, o autuante observou todos os requisitos necessários à sua elaboração, constando dos autos os levantamentos das entradas e saídas, bem como o demonstrativo de estoque. Também, foram sanadas as irregularidades apontadas nos autos, mediante realização de revisões por fiscal estranho ao feito, tendo o autuado sido cientificado e se manifestado em relação a todos os resultados decorrentes de solicitação de diligência pelo órgão julgador. Assim, atendidos todos os pressupostos admissíveis na legislação tributária, não havendo o que se falar em não observação quanto ao controle de legalidade ou cerceamento do direito de ampla defesa.

Observo, ainda, que não se trata, no caso em análise, da eficácia e aplicabilidade da Lei Complementar nº 4/69, no tocante a isenção do ICMS nas remessas e os retornos de materiais de acondicionamentos e embalagens (retornáveis), já que o identificado na ação fiscal é aquisição de garrafas e garrafeiras sem documentação fiscal. Assim, não se trata de reconhecer ou não o instituto da isenção na simples movimentação de vasilhames.

No mérito, a infração 01 se refere à identificação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caracterizada pela constatação de entradas de mercadorias com receitas de origem não comprovadas, apurada mediante levantamento quantitativo dos estoques. Tal irregularidade constitui comprovação da realização de operações de saídas tributáveis anteriormente efetuadas,



sem a emissão da documentação fiscal e, conseqüentemente, sem o pagamento do imposto, disposição legal prevista no art. 2º, §5º, da Lei nº 4.825/89.

Foram realizadas revisões fiscais, por fiscais estranhos ao feito, tendo o autuado naquelas oportunidades apresentado documentos fiscais que não foram computados no levantamento realizado pelo autuante. Por fim, a ASTEC/CONSEF, mediante parecer nº 055/2005, apresenta quadro demonstrativo reduzindo o valor do débito deste item da autuação para R\$ 5.404,97, tendo o autuado se manifestado a respeito do resultado da revisão, reconhecendo corretas as quantidades apontadas como entradas de garrafas e garrafeiras e argumentando não ter sido observado, pelo revisor, a exemplo da nota fiscal nº 76, que as notas fiscais série B.1, nºs 126, 187, 270 e 413, também foram canceladas e, por conseqüência reduz a diferença de imposto apontada para o valor de R\$ 4.435,40.

No tocante ao argumento do auditor que prestou esclarecimentos em relação ao parecer da ASTEC nº 55/2005 de que não foi atendida a diligência como requerida, já que foi solicitado que os exames fossem feitos *in loco* e, tal fato não ocorreu, deixando, ao seu ver, dúvida quanto ao efetivo cancelamento da nota fiscal nº 76, também, em relação aos demais documentos apresentados pelo autuado como sendo cancelados, tenho a esclarecer que apesar do revisor não ter atendido ao solicitado para exame dos documentos *in loco*, em nenhum momento ficou evidenciado que o cancelamento tivesse sido feito de forma irregular, ou seja, que a mercadoria tivesse circulado e, por conseqüência descaracterizado o cancelamento alegado. Inclusive, teve o autuante a oportunidade de, no caso de dúvida, ter intimado o autuado a apresentar os originais dos citados documentos e trazido aos autos a prova de sua argumentação. Desta forma, entendo que, nesta situação, o fato de não ter sido intimado o autuado a apresentar as notas fiscais originais para revisão do pleito, não é motivo ensejador para nova diligência.

Considerando o resultado da revisão fiscal, mediante parecer ASTEC/CONSEF nº 055/2005 e documentos fiscais nºs 126, 187, 270 e 413, série B-1, juntados pelo autuado, concluo pela manutenção parcial da autuação, para exigência do imposto no valor de R\$ 4.435,40, considerando ter sido identificado no levantamento quantitativo de estoques diferenças por omissão de entradas e de saídas, sendo exigido o imposto em relação a diferença de maior expressão monetária – no caso –, o das entradas.

Na infração 2 foi exigido imposto sob o fundamento que o autuado efetuou vendas de garrafas vazias e usadas para contribuintes deste Estado não estando credenciados no regime de diferimento e, também, para outros Estados. Na peça de impugnação o autuado comprova que na sua quase totalidade efetuou o lançamento dos documentos fiscais, na sua escrita fiscal, para efeito de apuração do imposto a ser recolhido através da conta corrente fiscal, a exceção do documento fiscal nº 183, no valor de R\$750,72, que o autuado alegou ter sido cancelada a nota fiscal, fato confirmado, mediante revisão fiscal. Assim, concluo deva ser excluído da autuação o lançamento do crédito tributário, na quantia de R\$ 13.397,44.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para exigir o imposto no valor original de R\$4.435,40, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **324910304**, lavrado contra **J. FAHIEL COMECIAL DE BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.435,40**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de

70%, prevista no art.61, IV, “a”, da Lei nº 4825/89, e dos acréscimos moratórios, devendo ser homologada a quantia já recolhida.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 145 do Código Tributário do Estado da Bahia ( Lei nº 3956/81), com a nova redação dada pela Lei nº 7.438/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR