

A. I. Nº - 380214.0001/05-4
AUTUADO - BRAGA SUPERMERCADOS LTDA.
AUTUANTE - CARLOS ALBERTO BARBOSA DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 05.10.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0350-02/05

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE CONSUMO. A legislação tributária veda expressamente o creditamento de imposto nas aquisições de material de consumo. **b)** DOCUMENTO FISCAL COM BASE DE CÁLCULO SUPERIOR À FIXADA PELA UNIDADE FEDERADA DE ORIGEM. **c)** VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infrações não elididas. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIA SUJEITA À TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. É devida a imposição das multas de 10% e 1%, respectivamente, sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração descaracterizada em parte. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor: **a)** do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. **b)** do valor lançado no Registro de Saídas e o escriturado no livro de apuração. Fatos comprovados. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A constatação de diferenças de entradas omitidas maiores que a de saídas através de auditoria de estoques, impõe a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se 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. **c)** ENTRADAS NO ESTABELECIMENTO SEM OS DEVIDOS REGISTRO FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE

SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque ou que tenha saído sem tributação, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. **d) DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE A DIFERENÇA DE SAÍDAS DE MERCADORIA ISENTAS/NÃO TRIBUTADAS. MULTA.** Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2005, reclama débito no valor total de R\$ 109.302,12, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 6.339,38, nos meses de maio, julho, agosto a dezembro de 2003, julho a outubro de 2004, através de lançamento nos livros fiscais de notas fiscais de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 92 a 93.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 233,28, no mês de abril de 2003, nas aquisições interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolos, conforme demonstrativo à fl. 94.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no valor de R\$ 137,99, nos meses de junho, julho, dezembro de 2003, agosto a novembro de 2004, conforme demonstrativo à fl. 94.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 172,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de agosto de 2003, conforme demonstrativo à fl. 95.
5. Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais relacionadas à fl. 97, de mercadorias sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, abril, agosto e dezembro de 2003, janeiro a abril de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 2.245,50, equivalente a 10% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 97.
6. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 2.559,61, nos meses de maio, setembro, novembro e dezembro de 2004, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 33.
7. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 0,01, no mês de agosto de 2003, em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e os escriturados no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 33.

8. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 91,27, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas no mesmo exercício, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativos à fl. 83.
9. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 87.395,36, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, 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 (2004), conforme demonstrativo à fl. 84.
10. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 8.799,62, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004), conforme demonstrativo à fl. 85.
11. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 1.060,27, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, 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 2004, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativo à fl. 90.
12. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativa ao exercício de 2004, sujeitando-se a multa no valor de R\$ 50,00, conforme demonstrativo à fl. 91.
13. Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais relacionadas à fl. 97, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, outubro e dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, maio e julho de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 217,33, equivalente a 1% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 97.

O sujeito passivo por seu representante legal, em sua impugnação às fls. 233 a 243, em suas considerações preliminares informa que no ato inicial de abertura do estabelecimento teve sua inscrição cancelada intempestivamente pela repartição fazendária, liberada posteriormente, e que tem sofrido com a inflexibilidade da Infaz Itabuna, tanto que foi autuado anteriormente para cobrança de multa por não ter informado alguns arquivos do Sintegra, cujo valor foi maior que a lucratividade da empresa até a data de sua defesa (AI nº 2071850016/04-5).

Neste caso, ressalta que todas as operações realizadas pela empresa estão documentadas em meio material, obedecendo a norma contábil e a legislação pertinente, porém, que ao gerar as informações em arquivos magnéticos, o lançamento inicial da nota fiscal não obedeceu os parâmetros

contábeis, pois o lançamento da nota fiscal no sistema de cálculo de produtos é feito conforme a necessidade aplicada a situação (produto para promoção, para despesa, imobilizado, etc).

Diz que os arquivos magnéticos apresentados do exercício de 2003 e 2004 apresentavam inconsistências relativas a diversos registros ausentes, e só foram entregues a fiscalização após várias intimações. Por isso, diz que o trabalho fiscal baseado no Sintegra é incoerente por conter informações incompletas e deficientes.

Feitas estas considerações, impugnou cada infração na forma que segue.

Infração 01 – Alega que os produtos relacionados não são de uso e consumo, pois tratam de embalagens, conforme notas fiscais às fls. 258 a 269, e que tem direito ao creditamento do imposto com base no artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97.

Infração 02 – Aduz que a descrição da acusação fiscal não foi feita com clareza, e que não há nos autos nenhum demonstrativo para que possa apresentar suas argumentações sobre a questão. Salienta que o critério de análise adotado pelo autuante foi através de dados do Sintegra, e que conforme artigo 129, inciso 2 (sic), do COTEB, os demonstrativos e levantamentos indispensáveis para o esclarecimento dos fatos devem ser juntados ao Auto de Infração.

Infração 03 – Invoca o artigo 129, inciso 2 (sic), do COTEB para argüir que as notas fiscais não foram corretamente especificadas no AI, o que tornou impossível sua averiguação, ressaltando que os dados devem ser provenientes do arquivo Sintegra.

Infração 04 – Diz que, ao contrário do entendimento do autuante, as mercadorias constantes nas notas fiscais que serviram de base ao levantamento fiscal são materiais adquiridos para o ativo imobilizado, e que já havia detectado anteriormente o equívoco do cálculo da diferença de alíquota para posterior pagamento, que não foi realizado por falha do setor responsável. Cita o artigo 23, inciso III, do COTEB, que prevê a possibilidade da junta de julgamento fiscal reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique provado que as infrações foram praticadas sem dolo, má-fé, fraude ou simulação, e não implicou em falta de recolhimento do imposto.

Infração 05 – Reconhece a acusação fiscal, porém, alega que as notas fiscais foram devolvidas conforme declaração de fornecedores das mercadorias e anotações no verso das respectivas notas fiscais. Cita o caso da Nota Fiscal nº 137738 que foi lançada no Registro de Entradas sob o número 137138, em 04/03/2004 (doc. fl. 277).

Infração 06 – Discorda da autuação de que houve recolhimento a menos do ICMS, dizendo que os valores escriturados correspondem com os constantes nos livros de apuração, entrada e saída, os quais divergem dos valores apurados pelo autuante em seu demonstrativo. Juntou os documentos às fls. 278 a 299 para comprovar sua alegação.

Infração 07 – Justificou que a divergência apurada no trabalho fiscal é decorrente de aproximação aritmética do equipamento de cálculo, e que dado o valor irrisório lançado no AI, deveriam ser levados em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Cita o artigo 23, inciso III, do COTEB, que prevê a possibilidade da junta de julgamento fiscal reduzir ou cancelar multa por descumprimento de obrigação acessória, desde que fique provado que as infrações foram praticadas sem dolo, má-fé, fraude ou simulação, e não implicou em falta de recolhimento do imposto.

Infração 08 – O autuado indaga como foram apuradas as omissões de entradas e de saídas, e diz que a acusação fiscal é fruto de utilização de dados inválidos dos arquivos Sintegra, visto que podem ocorrer que um produto tenha entrado com uma quantidade e saído com outra, em

decorrência de perdas e roubos. Ressaltou que as mercadorias têm código de barra com adesivo que pode ser facilmente removido ou trocado, e no caso da Maçã, a sua perda justifica possíveis desencontros entre entrada e saída.

Infração 09 – Diz que é desprovida de legalidade a acusação de que houve compra de produto desacompanhado de documento fiscal, e que todas entradas e saídas são acobertadas por notas fiscais, tendo acostado à sua defesa cópia de diversas notas fiscais (docs. fls. 301 a 381). No caso da Carne, diz que o levantamento levou em conta a saída de diversos tipos de carnes, porém existem entradas com a mesma descrição, além do fato de que a comercialização de bovinos se faz através de bovinos inteiros ou em partes por tipo de carnes. Assevera que a infração é decorrente do reflexo do arquivo 54 do Sintegra que foi informado de forma incorreta e imprecisa, conforme atesta o autuante. No que diz respeito ao questionamento do Frango congelado temperado, o levantamento fiscal se apresenta da mesma maneira, cujas notas fiscais de compras comprovam a compra dos produtos (docs. fls. 382 a 384).

Infração 10 – Salienta que conforme as alegações feitas na infração 09, as mercadorias estão acobertadas com notas fiscais de entrada devidamente registradas, devendo ser analisada a descrição do produto na entrada e seu desmanche na saída. Afirma que procedeu a antecipação tributária nas aquisições dos produtos, conforme notas fiscais às fls. 301 a 384.

Infração 11 – Alega que as notas fiscais não foram corretamente especificadas na auditoria de estoques, e não há nenhum demonstrativo de apuração da base de cálculo, e por isso, se tornou impossível qualquer averiguação, assinalando que possivelmente os dados foram obtidos no Sintegra. Aduz que conforme artigo 129, inciso 2 (sic), do COTEB, os demonstrativos e levantamentos indispensáveis para o esclarecimento dos fatos devem ser juntados ao Auto de Infração.

Infração 12 – Enfatiza que o resultado apurado na auditoria de estoques é fruto de análise do Sintegra, não refletindo a quantidade física dos produtos. Questiona porque não foi feita a contagem do estoque com base nos documentos fiscais de entrada e de saída. Diz que alguns produtos com as mesmas características têm códigos internos, mas, por ocasião da saída recebem outra denominação, a exemplo da lingüiça calabresa. Transcreveu o artigo 60, I e II, do RICMS/97, que dispõe sobre a forma que deve ser apurada a base de cálculo nos casos de presunções de omissão de saídas de mercadorias.

Infração 13 – Argumenta que as notas fiscais nºs 085464, 115867, 136391, 139666, 155015, 167159 estão em nome da Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce Ltda (CNPJ nº 20.598.645/0006-90), e não em nome da firma Comércio de Gêneros Alimentícios Shauana Ltda (docs. fls. 385 a 391), e se referem a remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiro, sendo posteriormente faturada pela empresa Dany Laticínios Ltda, CNPJ nº 36.362.655/0001-57 (docs. fls. 392 a 398).

Finalizando, requer a declaração de improcedência do Auto de Infração, reafirmando ter sido usado como parâmetro, arquivos do Sintegra, que estão incompletos e com diversos registros ausentes. Além disso, ressalta que foi intimado a proceder a geração de arquivos magnéticos, sem a observância do Decreto nº 9.332 de 14/02/2005, que entrou em vigor em data anterior ao AI.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 400 a 406, esclarece que o contribuinte foi intimado a fazer a correção dos arquivos magnéticos dos exercícios de 2003 e 2004, em razão da ausência dos registros 54, 60M, 60R e 75, pois já havia sido anteriormente autuado por esse motivo. Diz que foi concedido prazo para a retificação e retransmissão dos arquivos, sendo informado pelo contribuinte da impossibilidade de corrigir o arquivo de 2003 e inserir o inventário inicial de 2004, mas que os demais dados haviam sido inseridos e estavam em conformidade com os documentos fiscais.

Feitas estas considerações, o preposto fiscal refutou os argumentos defensivos da seguinte maneira.

Infração 01 – Acolheu a informação do autuado de que houve cadastramento das mercadorias de embalagens no CFOP de material de uso e consumo, e considerou improcedente esta infração.

Infração 02 – Discordou da alegação de que a infração não foi corretamente descrita, dizendo que o autuado recebeu a cópia do demonstrativo à fl. 94, que abrange as infrações 02 (01.02.23) e (03) 01.02.40, e pôde averiguar a origem dos valores apurados.

Infração 03 – Considerou sem cabimento o argumento defensivo de que não houve a descrição correta da infração, uma vez que foi entregue ao autuado uma cópia do demonstrativo constante à fl. 94, que abrange as infrações 01.02.23 e 01.02.40, e pôde averiguar a origem dos valores apurados.

Infração 04 – Manteve a autuação, argumentando que o autuado não juntou cópia da nota fiscal para provar que a mercadoria foi adquirida pela integrar o ativo imobilizado, nem juntou prova do recolhimento da diferença de alíquota que alegou ter efetuado.

Infração 05 – Diz que das dez notas fiscais relacionadas à fl. 97, foram juntadas aos autos apenas as de números 017986, 035633 e 006834 (fls. 274 a 276), ressaltando que não devem ser acatadas, pois as cópias não estão autenticadas, visto que no verso dos documentos constam declarações de devolução das mercadorias. Além disso, diz que o contribuinte não apresentou a cópia do livro Registro de Entradas para comprovar que o lançamento da Nota Fiscal nº 137738 foi feito com o número 137138.

Infração 06 – Argüi que não procede a alegação defensiva de que desconhece a origem dos valores apurados, pois recebeu a cópia do demonstrativo da conta corrente fiscal apurado pelo Sistema SAFA, constantes às fls. 28 a 30, nos quais, constam demonstrados os valores de forma clara e disponibilizados.

Infração 07 – Destaca que o autuado não contestou a infração, porém, o seu argumento de que em virtude da diferença ser decorrente de aproximação aritmética, dever-se-ia levar em conta o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, não deve prosperar, tendo em vista que tais princípios somente devem ser observados apenas quando consta infração nesta monta, e neste processo foram constatadas outras infrações de valores relevantes.

Infração 08 – Assinala que o autuado não apresentou defesa fundamentada, visto que os produtos que originaram a infração estão devidamente demonstrados às fls. 82 e 83, cujas cópias lhe foram entregues quando da assinatura do AI.

Infração 09 – Explica que a infração apurada reflete os dados fornecidos pelo autuado, e que antes da lavratura do AI, foi encaminhado o demonstrativo de saídas ao Contador da empresa, para que fossem desmembradas as notas de entrada por tipo de carne, sendo informado que os dados apresentados estavam corretos.

Infração 10 - Informa que trabalhou com base nas informações prestadas pelo contribuinte, e que antes da lavratura do AI, foi encaminhado o demonstrativo de saídas ao Contador da empresa, para que fossem desmembradas as notas de entrada por tipo de carne, sendo informado que os dados apresentados estavam corretos.

Infração 11 – Contestou a alegação de que a base de cálculo apurada não está demonstrada nos autos, esclarecendo que os produtos que originaram esta infração estão demonstrados nos documentos às fls. 86 a 90, cujas cópias foram entregues ao autuado no ato da assinatura do AI.

Infração 12 – Diz que o autuado considera os dados do Sintegra por ele alimentados como fictícios, porém os números apurados encontram-se demonstrados nos relatórios à fl. 91, e o autuado não apresentou qualquer elemento de prova de sustentação da tese levantada, notadamente que tivesse ocorrido troca de códigos de determinados produtos.

Infração 13 – Acatou a comprovação através das notas fiscais nºs 98, 99, 100, 101, 108, 110 e 111, no sentido que as operações tratam de simples remessa, concluindo pela improcedência deste item da autuação.

Concluindo, diz que diante dos documentos apresentados na defesa, considerou improcedentes as infrações 05 e 13, e integralmente as demais infrações, pois não foram apresentadas provas que sustentassem as teses elaboradas pelo autuado, ficando reduzido o débito do Auto de Infração para a cifra de R\$ 102.745,41.

No verso da intimação à fl. 407 expedida pela Infaz Itabuna, consta que o autuado recebeu uma cópia da informação constante às fls. 399 a 406, porém não se manifestou no prazo estipulado.

Mesmo assim, em virtude de que não estava evidenciada na referida intimação a entrega dos documentos que embasam o lançamento tributário em questão, esta Junta diligenciou junto à Infaz de origem no sentido de que fossem entregues os seguintes documentos: DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS – COM CRÉDITOS INDEVIDOS (fls. 92 a 94); DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS – DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS (fls. 95 e 96); DEMONSTRATIVO NFs DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NÃO REGISTRADAS E CÓPIAS DE NOTAS FISCAIS (fls. 97 a 117); e AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS (fls. 22 a 24, e 28 a 30).

De posse destes documentos, o autuado apresentou impugnação às fls. 416 a 424, reiterou seus argumentos anteriores, e comentou que o autuante teve conhecimento de que os arquivos magnéticos apresentados relativos aos anos de 2003 e 2004 estavam incompletos, e não levou em consideração que o Decreto nº 9.332 de 14/02/2005 suspendia momentaneamente a obrigatoriedade da apresentação dos arquivos. Considerou incoerente a conclusão do autuante tomando como parâmetros os dados transmitidos (SINTEGRA) com informações incompletas e deficientes.

Em seguida, analisou cada infração na forma que segue.

Infração 01- Destacou que o autuante reconheceu a improcedência deste item.

Infração 02 – Explicou que a ocorrência se deu em virtude de erro operacional quanto ao cadastro do fornecedor, conforme cópia da Nota Fiscal nº 086820 (fl. 425), e mesmo dizendo que o crédito está correto, diz que está providenciando a devida correção do lançamento. Pede que seja aplicado o disposto no artigo 23, III (sic), ou seja, o cancelamento da multa.

Infração 03 – Discordou que tenha utilizado crédito fiscal a mais nas operações com as mercadorias Deo-Colônias. Juntou cópias de notas fiscais (fls. 426 a 431).

Infração 04 – Contestou a acusação fiscal dizendo que a mercadoria não é material de consumo, pois foi adquirida para integrar o ativo imobilizado do estabelecimento. Informa que já havia verificado o equívoco no cálculo do imposto para posterior pagamento. Pede que seja aplicado o disposto no artigo 23, III (sic), ou seja, o cancelamento da multa.

Infração 05 – Considerou presunção o questionamento sobre a idoneidade das declarações de devoluções apresentadas nas notas fiscais, sugerindo a realização de diligências junto aos fornecedores. Diz que a questão poderá ser esclarecida quando a autoridade fiscal intimar as empresas fornecedoras a prestar esclarecimentos quanto a emissão das notas fiscais, pois não tem

como impedir emissão de nota fiscal com seus dados cadastrais. No caso da Nota Fiscal nº 137738, informa que foi lançada no Registro de Entradas com o número 137138 (docs. fls. 277 e 433). Pede que seja aplicado o disposto no artigo 23, III (sic), ou seja, o cancelamento da multa.

Infração 06 – Para comprovar que houve engano na autuação, o autuado juntou os documentos à fls. 278 a 300, e 434.

Infração 07 – Justificou a diferença apurada pela fiscalização dizendo tratar-se de aproximação aritmética, e pede seja adotado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, aplicado o disposto no artigo 23, III (sic), ou seja, o cancelamento da multa.

Infração 08 – Diz que os dados constantes no levantamento quantitativo não são corretos, pois foram apurados através do arquivo magnético com dados inválidos, e os estoques não foram contados. Salientou que pode ocorrer ser dada entrada de um produto com uma quantidade e sair com outra, além da possibilidade de problemas com perdas, roubos, registro de códigos errados. Aduz que quase todos os produtos têm códigos de barra com adesivo, podendo ser removido ou trocado, ocasionando troca de código de balança.

Infração 09 – Ressalta que disponibilizou para a fiscalização todos os documentos fiscais, porém não foram analisados pelo preposto fiscal. Explica que a divergência constatada na auditoria de estoque é decorrente de ter sido considerada no levantamento das saídas, diversos tipos de carne, onde não existe a mesma descrição nas entradas, além do fato de que a comercialização de bovinos é feita através de compra de bovinos inteiros ou em parte, e posteriormente desmanchados em tipos de carnes ou sub-produto.

Infração 10 – Utilizou os mesmos argumentos para o item precedente.

Infração 11 – Argumenta que os arquivos magnéticos dos anos de 2003 e 2004 estavam incompletos, com diversos registros ausentes, e por isso, os dados apresentados através do demonstrativo elaborado pelo autuante são inverídicos, e não representam a realidade material da empresa. Colocou à disposição toda sua documentação contábil.

Infração 12 – Sustenta que o resultado apurado no trabalho fiscal também é fruto de dados inconsistentes no Sintegra, não refletindo a verdade física do produto e a verdade contábil. Indaga porque a fiscalização não procedeu a contagem do estoque com base nos documentos fiscais de entrada e de saída. Salienta que é natural que ocorra troca de produtos por troca de código.

Infração 13- Destacou que o autuante reconheceu a improcedência deste item.

Ao final, dizendo que toda a documentação fiscal foi colocada à disposição do fisco, requer a improcedência do Auto de Infração, por ter sido usado parâmetro para presunção, os arquivos do Sintegra incompletos e com diversos registros ausentes, e por não ter sido obedecido o Decreto nº 9.332 de 14/02/2005.

VOTO

Inicialmente, cumpre registrar, que em virtude do autuante em sua primeira informação fiscal ter acostado novos elementos, o autuado foi intimado pela repartição fiscal de origem (fl. 407), porém não consta que tenham sido entregues tais documentos.

Por conta disso, por determinação desta Junta, o sujeito passivo foi novamente intimado, ocasião em que lhe foram entregues todos os demonstrativos que ensejaram a autuação, quais sejam: DEMONSTRATIVO DAS ENTRADAS – COM CRÉDITOS INDEVIDOS (fls. 92 a 94); DEMONSTRATIVO

DAS ENTRADAS – DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS (fls. 95 e 96); DEMONSTRATIVO NFs DE MERCADORIAS TRIBUTADAS NÃO REGISTRADAS E CÓPIAS DE NOTAS FISCAIS (fls. 97 a 117); e AUDITORIA DA CONTA CORRENTE DO ICMS (fls. 22 a 24, e 28 a 30), tendo o mesmo apresentado nova impugnação (docs. fls. 400 a 424) que será apreciada juntamente com a primeira defesa às fls. 233 a 243.

No mérito, na análise das peças processuais, constato o seguinte.

INFRAÇÃO 01

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 6.339,38, nos meses de maio, julho, agosto a dezembro de 2003, julho a outubro de 2004, através de lançamento nos livros fiscais de notas fiscais de aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, conforme demonstrativo às fls. 92 a 93.

Considerando o acolhimento por parte do autuante das provas apresentadas às fls. 258 a 269, no sentido de que houve cadastramento das mercadorias de embalagens no CFOP de material de uso e consumo, torna-se insubsistente a acusação fiscal de utilização indevida de créditos fiscais através das notas fiscais relacionadas às fls. 92 e 93, uma vez que neste caso o estabelecimento tem direito ao creditamento do imposto com base no artigo 93, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97.

INFRAÇÃO 02

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 233,28, no mês de abril de 2003, nas aquisições interestaduais com base de cálculo fixada pela unidade federada de origem, superior a estabelecida em lei complementar, convênio ou protocolos, conforme demonstrativo à fl. 94.

Trata de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS através da Nota Fiscal nº 086.820, referente a mercadoria adquirida no Estado do Rio Grande do Sul, tendo sido utilizado o crédito fiscal à alíquota de 17% ao invés de 7%, cuja exigência fiscal corresponde ao percentual de 10% sobre o valor da operação. Independentemente de ter sido ou não apurado através dos dados do Sintegra, a acusação está fundamentada em escrituração fiscal de nota fiscal de compra de mercadoria. O autuado alegou falta de clareza na descrição do fato, e que não havia recebido cópia do demonstrativo à fl. 94, que serviu de base para a apuração do débito, porém, posteriormente ele recebeu dito documento e pode exercer a ampla defesa e o contraditório, inclusive na sua segunda impugnação acabou por reconhecer o equívoco cometido, e informou que está providenciando a devida correção do lançamento. Não acato o pedido do autuado no sentido de que seja aplicado o disposto no § 7º, do artigo da Lei nº 7.014/96. Mantenho o lançamento.

INFRAÇÃO 03

Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, no valor de R\$ 137,99, nos meses de junho, julho, dezembro de 2003, agosto a novembro de 2004, conforme demonstrativo à fl. 94.

Este item faz referência a crédito fiscal indevido em valor superior ao destacado nos documentos fiscais especificados no demonstrativo à fl. 94, onde consta claramente que a exigência fiscal decorre da utilização da alíquota, em operações internas e interestaduais, em percentual superior a devida. O autuado argüiu na primeira impugnação que as notas fiscais não foram especificadas no Auto de Infração, demonstrando desconhecer o demonstrativo que embasa este item. Contudo, observo que com a entrega ao sujeito passivo do referido demonstrativo mediante intimação expedida pela Infaz de origem, foi-lhe possibilitado defender-se da acusação fiscal, haja vista que através dele é perfeitamente possível averiguar a origem dos valores exigidos, pois

consta a indicação de cada documento fiscal, tanto que, em sua segunda impugnação sustenta que aplicou corretamente a alíquota nas operações com as mercadorias Deo-Colônias, conforme cópias de notas fiscais (fls. 426 a 431). Examinando tais notas, observo que realmente a mercadoria é Deo-Colônia. Contudo, é devida a exigência fiscal, uma vez que de acordo com o artigo 93, inciso I, do RICMS/97, o crédito fiscal só é admitido quando corresponder com o valor do imposto anteriormente cobrado relativo às aquisições ou recebimentos reais ou simbólicos. No caso, houve o creditamento do imposto a mais do que o destacado no documento fiscal.

INFRAÇÃO 04

Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 172,50, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, no mês de agosto de 2003, conforme demonstrativo à fl. 95.

O cálculo do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas em outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, através da Nota Fiscal nº 18935, está demonstrado à fl. 95. O argumento defensivo é que a mercadoria não foi adquirida para uso e consumo, mas para integrar o ativo fixo do estabelecimento. Considerando que na impugnação às fls. 416 a 424, foi apresentada a referida nota fiscal (doc. fl. 432), não subsiste a acusação fiscal tendo em vista que realmente a mercadoria nela especificada por se tratar de um “Armário Pão Sal” se enquadra no conceito de ativo fixo do estabelecimento. Como o autuado declarou que está providenciando o pagamento da diferença de alíquota deste ativo fixo, recomendo a repartição fazendária, para, em nova ação fiscal, averiguar o cumprimento desta obrigação tributária.

INFRAÇÃO 05

Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais relacionadas à fl. 97, de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de março, abril, agosto e dezembro de 2003, janeiro a abril de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 2.245,50, equivalente a 10% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 97.

Este item cuida da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória motivado pela falta de escrituração no Registro de Entradas das notas fiscais relacionadas à fl. 97, relativamente a mercadorias sujeita à tributação. Com exceção da nota fiscal nº 137738 (lançada no RE como 137138), foi alegado pelo sujeito passivo que realmente não havia escriturado as notas fiscais nºs 10025; 010026; 112974; 129867; 120196; 17986; 35633; 6834 e 634053, em virtude das mercadorias terem sido devolvidas através dos próprios documentos fiscais. Acato como prova da devolução das mercadorias apenas as notas fiscais nºs 6834; 35633 e 17986, pois somente para estas notas fiscais foram apresentadas as devidas provas das alegações defensivas (docs. fls. 274 a 276). Os documentos às fls. 270 a 273 em nada socorrem o autuado, pois não estão assinados, e não há provas de que tenham sido remetidas para os fornecedores citados. Desta forma, procede parcialmente, ficando o demonstrativo de débito deste item modificado conforme abaixo.

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

| Data Ocor. | Data Venc. | B. de Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito | Infração |
|------------|------------|---------------|----------|-----------|--------------|----------|
| 31/3/2003 | 9/4/2003 | 8.949,50 | 0 | 10 | 894,95 | 5 |
| 30/4/2003 | 9/5/2003 | 1.094,80 | 0 | 10 | 109,48 | 5 |
| 31/8/2003 | 9/9/2003 | 1.331,30 | 0 | 10 | 133,13 | 5 |
| 31/12/2003 | 9/1/2004 | 620,20 | 0 | 10 | 62,02 | 5 |
| 31/1/2004 | 9/2/2004 | - | 0 | 10 | - | 5 |

| | | | | | | |
|-----------------|----------|----------|---|----|--------|----------|
| 28/2/2004 | 9/3/2004 | 2.191,10 | 0 | 10 | 219,11 | 5 |
| 31/3/2004 | 9/4/2004 | - | 0 | 10 | - | 5 |
| 30/4/2004 | 9/5/2004 | 2.602,20 | 0 | 10 | 260,22 | 5 |
| TOTAL DO DÉBITO | | | | | | 1.678,91 |

INFRAÇÃO 06

Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 2.559,61, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

O débito está demonstrado à fl. 33, e se refere a recolhimento a menos do ICMS nos meses de maio, setembro, novembro e dezembro de 2004, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. O débito foi apurado pelo Sistema SAFA, ou seja, com base em valores informados pelo contribuinte, conforme Auditoria da Conta Corrente do ICMS às fls. 28 a 30. Confrontando-se os referidos demonstrativos com os valores constantes no RAICMS às fls. 278 a 299, constato que o valor do débito pelas saídas e o valor do crédito pelas entradas são idênticos, divergindo nos valores relativos a “Outros créditos” e o “Saldo credor do período anterior”. Entendo que caberia ao autuado justificar a razão das divergências apontadas, pois os valores constantes no SAFA foram informados pelo próprio autuado, inclusive de modo a que fosse avaliada a possibilidade de revisão fiscal. Assim, não tendo sido apresentado documentos capazes para justificar as diferenças apuradas no trabalho fiscal, mantenho este item.

INFRAÇÃO 07

Trata-se de recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 0,01, no mês de agosto de 2003, em decorrência de divergência entre os valores lançado no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, conforme demonstrativo à fl. 33. Acato a justificativa do contribuinte no sentido de que a divergência apurada no trabalho fiscal é decorrente de aproximação aritmética do equipamento de cálculo. Tendo em vista que se trata de valor irrisório, levando em conta os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, julgo improcedente a autuação.

INFRAÇÃO 08

Este item diz respeito a falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 91,27, calculado pela diferença apurada através de auditoria de estoques (entradas maior que as saídas), com base na presunção legal de omissão de saídas, referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativos à fl. 83. Não vejo como acatar a alegação defensiva de que desconhece como foram apuradas as diferenças, uma vez que os levantamentos e demonstrativos às fls. 34 a 91 contêm especificados números e documentos de cada mercadoria auditada, e o autuado recebeu cópia de todos eles em 09/08/2005 (doc. fl. 414), e pôde exercer a ampla defesa e o contraditório. Se os números foram utilizados com base em dados inválidos dos arquivos Sintegra, caberia ao autuado apontar quase foram as inconsistências, inclusive de modo a que fosse possível avaliar a possibilidade da realização de uma revisão fiscal. Em suas duas peças defensivas, não impugnou a auditoria de estoques objetivamente. Mantenho a autuação.

INFRAÇÃO 09

Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 87.395,36, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, 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 (2004).

Portanto, refere-se a responsabilidade solidária do autuado por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, diferença essa apurada na mesma auditoria e período de que cuida a infração 08, conforme demonstrativo à fl. 84. Neste caso, o autuado também deixou de apresentar o seu levantamento de modo a que fosse confrontado com o do autuante, e fosse verificado se procede a alegação defensiva da existência de dados incorretos e imprecisos no arquivo Sintegra que apresentou. Mantenho a autuação, pois o autuado não apresentou qualquer levantamento que desse sustentação a sua tese defensiva de que ocorreu falta de correlação entre a discriminação na entrada para as notas fiscais de saídas.

INFRAÇÃO 10

Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$ 8.799,62, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004).

Esta ocorrência é uma consequência de item precedente, e se refere a antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado na mesma auditoria de estoques, conforme demonstrativo à fl. 85. O autuado concentrou sua defesa na alegação de que deve ser analisada a descrição do produto na entrada e seu desmanche na saída, porém não trouxe aos autos qualquer levantamento para contraditar o trabalho fiscal. Desta forma, mantenho a autuação.

INFRAÇÃO 11

Concerne a falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 1.060,27, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, 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 2004, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativo à fl. 90.

Concerne a falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 1.060,27, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, 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 2004, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativo à fl. 90. Não acato a alegação defensiva de que as notas fiscais que serviram de base a auditoria de estoques não foram corretamente especificadas, uma vez que os documentos às fls. 86 a 90 demonstram exatamente o contrário, e o autuado recebeu cópias de todos eles, e teve a oportunidade de exercer a ampla defesa e o contraditório apontando os alegados equívocos nos dados utilizados. Se os arquivos magnéticos estavam incompletos, conforme afirmou o autuado, através dos

levantamentos das entradas e das saídas que lhe foram entregues é perfeitamente possível apontar quais os documentos que não foram considerados ou incluídos indevidamente. Não tendo o autuado apresentado o levantamento que entende como correto, para ser comparado com o do autuante, mantendo a autuação.

INFRAÇÃO 12

Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, relativa ao exercício de 2004, sujeitando-se a multa no valor de R\$ 50,00, conforme demonstrativo à fl. 91. Analisando o argumento defensivo de que não foi feita a contagem física nos documentos fiscais de entrada e de saída, observo que não lhe assiste razão, pois, os números apurados encontram-se demonstrados nos relatórios à fl. 91, e se as divergências foram frutos de erros no SINTEGRA, caberia ao autuado apontá-los, inclusive, se fosse o caso, demonstrar os alegados erros nos códigos internos adotados por ocasião da saída. Mantendo a autuação.

INFRAÇÃO 13

Deu entrada no estabelecimento, através das notas fiscais relacionadas à fl. 97, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, outubro e dezembro de 2003, janeiro, fevereiro, maio e dezembro de 2004, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 217,33, equivalente a 1% sobre o total das mercadorias, conforme demonstrativo à fl. 97.

Considerando que o autuante acatou a alegação defensiva de que as notas fiscais nºs 085464, 115867, 136391, 139666, 155015, 167159 estão em nome da Cooperativa Agropecuária Vale do Rio Doce Ltda (CNPJ nº 20.598.645/0006-90), e não em nome da firma Comércio de Gêneros Alimentícios Shauana Ltda (docs. fls. 385 a 391), e se referem a remessa de mercadorias por conta e ordem de terceiro, sendo posteriormente faturada pela empresa Dany Laticínios Ltda, CNPJ nº 36.362.655/0001-57 (docs. fls. 392 a 398), julgo improcedente a multa que foi aplicada.

Por fim, ressalto que não verifiquei em momento algum que houvesse ocorrido cerceamento de defesa argüido pelo sujeito passivo, cujo lançamento ocorreu através do Auto de Infração na forma prevista nos artigos 38 e 39 do RPAF/99, e o mesmo teve a oportunidade de elidir cada infração trazendo aos autos os documentos necessários para esse fim, inclusive teve outra oportunidade ao ser intimado pela repartição fazendária a tomar conhecimento da informação fiscal e dos documentos que instruem os autos, cujos argumentos apresentados foram todos apreciados na fase de instrução. Observo, ainda, que ao presente lançamento não faltam elementos para se determinar com segurança as infrações, pois todas elas estão apoiadas em elementos extraídos da escrita fiscal e do Sintegra apresentado pelo autuado, e devidamente demonstradas e comprovadas através dos documentos às fls. 14 a 229.

Com relação ao pedido de diligência requerido pelo autuado, com fulcro no artigo 147, I, “b”, do RPAF/99, o indefiro, por entender que os autos contêm os elementos necessários para a sua instrução, e o sujeito passivo não trouxe qualquer levantamento ou prova documental que estivesse em sua posse que justificasse o seu pedido, nem demonstrou a impossibilidade de sua apresentação oportuna.

Ante o exposto, rejeito as nulidades arguidas, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 102.006,31, conforme demonstrativo abaixo.

| INF. | FATOS | VI.débito | VI.devido |
|-------|---|------------|------------|
| 1 | Crédito indevido - material de uso e consumo | 6.339,38 | - |
| 2 | Crédito indevido - alíquota indevida | 233,28 | 233,28 |
| 3 | C.indevido - valor superior ao destacado no documento fiscal | 137,99 | 137,99 |
| 4 | Diferença de alíquotas - material de uso e consumo. | 172,50 | - |
| 5 | Falta de escrituração de nota fiscal – entrada tributável | 2.245,50 | 1.678,91 |
| 6 | Desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado. | 2.559,61 | 2.559,61 |
| 7 | Divergências entre os valores lançados no RS e o RAICMS | 0,01 | - |
| 8 | Diferença de entradas - auditoria de estoques. | 91,27 | 91,27 |
| 9 | Merc.desacompanhada de doc.fiscal – auditoria de estoques. | 87.395,36 | 87.395,36 |
| 10 | Falta de antecipação tributária | 8.799,62 | 8.799,62 |
| 11 | Omissão de saídas - auditoria de estoques. | 1.060,27 | 1.060,27 |
| 12 | Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributadas. | 50,00 | 50,00 |
| 13 | Falta de escrituração de nota fiscal – entrada não tributável | 217,33 | - |
| TOTAL | | 109.302,12 | 102.006,31 |

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 380214.0001/05-4, lavrado contra **BRAGA SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 100.277,40, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 11.730,50 e 70% sobre R\$ 88.546,90, previstas no artigo 42, incisos II, “b” e “d”, e VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de R\$ 1.728,91, previstas nos incisos IX e XXII do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de setembro de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR