

A. I. Nº - 156896.2315/06-7
AUTUADO - SÓ FERREIRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - DALMÉRIO SILVA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29.06.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0208-02/06

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. **a)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, se o valor das saídas omitidas for superior ao das entradas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração caracterizada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Por não se tratar de levantamento em exercício aberto na forma prevista no inciso II do art. 2º da Portaria nº 445/98, descabe atribuir responsabilidade solidária pelo imposto ao detentor de mercadorias em situação irregular. Infração descaracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Restou comprovado a inclusão no levantamento da fiscalização de notas fiscais devidamente contabilizadas as quais foram excluídas do levantamento original. Infração parcialmente elidida. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Multa por descumprimento de obrigação acessória correspondente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Refeitos os cálculos, em face da comprovação dos elementos aduzidos pela defesa. Infração parcialmente caracterizada. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. O contribuinte não corrigiu a falta dos registros apontados na intimação. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 31/03/06, pela constatação das seguintes ocorrências:

1. falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas – apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. Sendo lançado o imposto no valor de R\$ 1.404,25, com multa de 70%;

2. falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhada de respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. Sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.846,35, com multa de 70%;
3. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Sendo lançado o imposto no valor de R\$ 689.933,27, com multa de 70%;
4. entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o registro na escrita fiscal. Sendo exigido o valor de R\$ 3.804,75 decorrente da aplicação da multa 1% sobre o valor das operações.
5. falta de fornecimento de arquivos magnéticos, mediante intimação, com informação de operações ou prestações realizadas. Sendo exigido o valor de R\$ 174.800,27, decorrente da aplicação da multa 1% sobre o valor das operações.

O autuado em seu arrazoado defensivo inicialmente assevera que apesar de seu correto procedimento com o recolhimento regular de parcelas devidas, fora surpreendido com a lavratura do presente Auto de Infração.

Diz que a autuação perpetrada não prosperará, uma vez que sempre esteve enquadrado como contribuinte normal, regular, e cumpridor de suas obrigações. Ressalta que as divergências presumivelmente existentes, passíveis de serem explicadas, não se sustentarão e as que não couberem explicações serão objeto de reconhecimento.

No tocante às infrações 01 e 02 afirma o autuado que ambas as infrações cobram a falta de recolhimento de ICMS apurada através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício em aberto, e que são improcedentes preliminarmente porque foram constatadas ao mesmo tempo diferenças de entradas e de saídas de uma mesma mercadoria. Cita como exemplo os itens hamburger de carne (omissão de entradas), hamburger de frango (omissão de saídas), além do item genérico lingüiça que compreende lingüiça calabresa churrasco e lingüiça calabresa de carne suína, asseverando que houve erro por parte do fisco no manuseio dos documentos ou livros fiscais e na tabulação dos dados, e que, caso fossem considerados corretamente esses itens não haveria diferença. Além disso, alega o autuado que na forma da portaria evocada pela fiscalização, ou seja, a Portaria nº 445/98, não caberia a realização de levantamento em exercício aberto, já que a data de ocorrência fora em 31 de dezembro de 2003 e o levantamento em abril de 2006. Diz o autuante tratar-se, portanto de levantamento em exercício fechado, a situação é que, em havendo diferenças tanto de entrada como de saída, deve ser considerada a diferença de maior expressão, nunca as duas supostas infrações, como considerou a fiscalização. Finaliza o autuado aduzindo que, por encontrar-se o levantamento fiscal eivado de erros não ver como prosperarem essas infrações.

Em relação às infrações 03 e 04 que apura omissão de saídas de mercadorias apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, assegura que, não obstante a possibilidade de eventualmente algum documento ter escapado do seu controle e não ter sido lançado em sua escrita fiscal, ser muito improvável que a quantidade imensa de documentos levantada durante a ação fiscal não tenha sido escriturada e possa ser configurada omissão de saída sem pagamento do ICMS. Diz que conseguiu detectar que algumas das notas fiscais arroladas no levantamento não foram lançadas porque nunca deram entrada em seu estabelecimento, seja porque foram devolvidas por divergirem do pedido, ou porque não foram objeto de pedido. Aduz ainda o autuado que outros documentos fiscais constantes do levantamento fiscal, se não foram registrados por equívoco, decerto foram lançados em sua escrita. Acrescenta ainda o autuado que foram consideradas diversas notas fiscais no levantamento elaborado pela fiscalização que não correspondem a qualquer de mercadorias ou bens como preceitua o dispositivo que institui a presunção, ou seja, o § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97. Aponta também que foram consideradas no levantamento fiscal, várias notas fiscais de aquisição de serviços, ou ainda, notas de vendas à

ordem que são emitidas para simples faturamento, ou remessas parciais, casos em que não representam entrada de bens ou mercadorias, e que, portanto, não deveriam ser considerados. Diz que está anexando à defesa, cópias de alguns exemplares dessas notas fiscais que não representam qualquer entrada efetiva e que foram considerados na ação fiscal. Por fim, assinala que foram também considerados como não registrados alguns documentos fiscais que estão claramente registrados nos respectivos livros fiscais, os quais, também anexa à defesa, fls. 314 a 340.

Quanto à infração 05, multa pela falta de apresentação de arquivos magnéticos, alega ser desproporcional uma empresa de porte pequeno sofrer tão pesado ônus e que isso vai de encontro a razoabilidade das relações fisco-contribuinte e atenta contra o princípio constitucional do não confisco. Aduz que caso prospere a multa de quase R\$ 175.000,00, por certo estará impossibilitada de continuar seus negócios. Solicita que seja considerado o fato de que, apesar da exigência legal para apresentação dos arquivos magnéticos, a maioria das empresas de porte semelhante têm tido dificuldades na implantação, devido aos elevados custos de manutenção, fato esse que tem orientado a administração tributária ter adiado a obrigação de entrega para empresas menores. Conclui solicitando o cancelamento da multa asseverando que o não cumprimento da obrigação acessória não caracterizou ausência do pagamento da obrigação principal, ainda porque a não entrega dos arquivos decorrerá única e exclusivamente por falta de condições de fazê-lo, não havendo qualquer fraude ou simulação.

Conclui solicitando, com base nos argumentos por ele expendidos, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Ao proceder à informação fiscal, o autuante, diz que a defesa, em seu arrazoadado, manifesta-se de modo pouco claro e confuso, não apresentando fundamento fático ou de direito algum e, sequer, faz juntada ao processo de provas e documentos para embasar suas alegações. Acrescenta enfatizando que não devem ser levadas em contas, pois, tem como objetivo somente retardar o andamento dos autos e procrastinar o pagamento do imposto devido.

Ressalta por fim o autuante, ter convicção de que os elementos por ele trazidos aos autos são suficientes para respaldar a ação fiscal. Conclui ratificando todos os termos da autuação.

VOTO

Tendo em vista tratarem de infrações congêneres apresento conjuntamente meu voto em relação às infrações 01 e 02.

Tratam da presunção de omissão de saídas e operações de saídas de mercadorias tributadas sem a emissão de documentação fiscal, ambas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, por espécie de mercadorias em exercício aberto no período de 14/08/2003 a 31/12/2003.

O autuado alega inconsistência no levantamento elaborado pela fiscalização em face da constatação ao mesmo tempo de diferenças de entradas como de saídas de uma mesma mercadoria, e que, com base na Portaria nº 445/98, o presente levantamento de estoque refere-se a exercício fechado, e não a exercício aberto, como efetuara o autuante. Aduz, por isso, que deve ser considerada a diferença de maior expressão monetária, não as duas infrações como considerara a fiscalização.

O autuante não se manifesta especificamente acerca dessas duas infrações, enfatizando apenas que o autuado de forma confusa se defende com o intuito de procrastinar o pagamento do imposto.

Depois de analisar as peças que integram os autos e com base na ausência da declaração de contagem física de mercadorias na data do levantamento, acorde mandamento estabelecido no inciso II da Portaria nº 445/98, constato que, efetivamente, o levantamento quantitativo que resultou nas infrações 01 e 02, fora realizado em exercício fechado. Isto é, somente restou caracterizada a infração 01, pela qual deve ser mantida a exigência fiscal sobre as entradas, vez que se afiguram como a diferença de maior expressão monetária, resultando no embasamento legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem a emissão de documentos

fiscais e consequentemente sem o pagamento do imposto, conforme prevê o § 3 do art. 2º do RICMS-BA/97. Descabendo, portanto, no presente caso, a exigência ao sujeito passivo na condição de responsável solidário.

Quanto às alegações da defesa no tocante aos itens hamburger e linguiças, em que pese a não apresentação, por parte do autuado de comprovação efetiva de qualquer inconsistência, verifico que estão corretos os procedimentos adotados pela fiscalização em relação a esses itens, tendo em vista que constam dos autos a identificação de todas as notas fiscais que deram origem às quantidades levantadas e nenhuma delas foram contestadas.

Entendo que resta caracterizada a infração 01 com a exigência do imposto no valor de R\$ 1.404,25, e descaracterizada a infração 02.

Infrações 03 e 04 – versam sobre a entrada de mercadorias tributáveis e não tributáveis no estabelecimento do autuado sem o competente registro.

A defesa alega que o levantamento fiscal para apuração do débito incluiu notas fiscais que se encontravam devidamente registradas, carreando aos autos cópias de algumas notas fiscais, fls. 314 a 340, bem como, aduz que, também foram consideradas notas fiscais de vendas futuras e de serviços que não correspondem ao ingresso de mercadorias e de bens em seu estabelecimento.

Da análise das peças que integram os autos emerge a constatação de que, efetivamente, os demonstrativos elaborados pela fiscalização para apuração do débito dessas infrações, fls. 93 a 96, 241 e 253, incluíram notas fiscais que foram devidamente escrituradas no livro Registro de Entradas, fls. 269/320. Com base nessa constatação procedi à exclusão dos valores atinentes a essas notas fiscais do valor total do débito das infrações 03 e 04.

Do mesmo modo, verifico que também foram incluídas nos aludidos demonstrativos, notas fiscais de remessa futura, notas fiscais nºs 7419, fl. 235, 7420, fl. 73, e 7421, fl. 75, de contratação de serviços notas fiscais nºs 576, fl. 236, 681, fl. 240, e 6564, fl. 250. Entretanto, entendo que, mesmo não correspondendo a efetivos ingressos de mercadorias e bens no estabelecimento do autuado, não foram contabilizadas e demonstram claramente a omissão de receitas decorrente dessas operações, por isso, não procedemos à exclusão dos seus valores.

Com essas exclusões, a infração 03 que inicialmente fora calculada como sendo R\$ 689.933,27, passou para R\$ 683.284,79, e, a infração 04, cujo valor apurado pelo autuante era de R\$ 3.804,75, com os ajustes passou para R\$ 3.348,63.

Apresento, a seguir o novo demonstrativo de débito das infrações 03 e 04 contemplando as alterações com as respectivas notas fiscais excluídas.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO - 03						
Data Ocorrência	Data de Venc.	Base de Calc.	Alíquota	Multa	ICMS	EXCLUSÕES
30/06/04	09/07/04	69.926,29	17%	70,0%	11.887,47	
30/07/04	09/08/04	7.500,00	17%	70,0%	1.275,00	
30/09/04	09/10/04	5.570,00	17%	70,0%	946,90	
30/10/04	09/11/04	46.000,00	17%	70,0%	7.820,00	
28/02/05	09/03/05	79.829,94	17%	70,0%	13.571,09	NF nº 22713 - fl. 298- registrada
21/03/05	09/04/05	250.106,06	17%	70,0%	42.518,03	NF nº 474952 - fl. 299 - registrada
30/04/05	09/05/05	226.476,65	17%	70,0%	38.501,03	
30/05/05	09/06/05	333.691,12	17%	70,0%	56.727,49	NF nº 23976 - fl. 303- registrada
30/06/05	09/07/05	416.959,59	17%	70,0%	70.883,13	NF nº 179067 - fl. 305 - registrada
31/07/05	09/08/05	675.755,29	17%	70,0%	114.878,40	NF nº 22225 - fl. 309 - registrada
30/08/05	09/09/05	715.855,71	17%	70,0%	121.695,47	
30/09/05	09/10/05	361.673,82	17%	70,0%	61.484,55	
31/10/05	09/11/05	459.374,24	17%	70,0%	78.093,62	
30/11/05	09/12/05	347.851,18	17%	70,0%	59.134,70	
31/12/05	09/01/06	22.752,41	17%	70,0%	3.867,91	
TOTAL DO DÉBITO DA INFRAÇÃO 03					683.284,79	

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO DA INFRAÇÃO -04

Data Ocorrência	Data de Venc.	Base de Calc.	Alíquota	Multa		EXCLUSÕES
28/02/04	09/03/04	70.197,00		1,0%	701,97	
31/03/04	09/04/04	1.175,00		1,0%	11,75	
30/05/04	09/06/04	6.767,00		1,0%	67,67	
30/07/04	09/08/04	10.815,00		1,0%	108,15	NF n° 409 e 388 - fl. 269/271- registradas
30/08/04	09/09/04	15.549,00		1,0%	155,49	NF n° 31312 - fl. 299 - registrada
30/09/04	09/10/04	2.690,00		1,0%	26,90	
31/10/05	09/11/05	155.980,00		1,0%	1.559,80	
31/03/05	09/04/05	8.400,00		1,0%	84,00	
30/06/05	09/07/05	2.218,00		1,0%	22,18	NF n° 179067 - fl. 305 - registrada
31/07/05	09/08/05	0,00		1,0%	0,00	NF n° 22225 - fl. 309 - registrada
30/08/05	09/09/05	31.593,00		1,0%	315,93	
30/09/05	09/10/05	29.479,00		1,0%	294,79	
TOTAL DO DÉBITO DA INFRAÇÃO 04					3.348,63	

Quanto à infração 05, constato estar devidamente caracterizado nos presentes autos que, efetivamente, o autuado não apresentou os arquivos magnéticos com a correção das inconsistências, identificadas e discriminadas em listagem, a ele entregues mediante intimação, fls. 11 a 12, na forma prevista no RICMS-BA/97 e formalmente recebidas por preposto do autuado. Fato este não contestado pela defesa, além de conter claramente a identificação do preposto do autuado na intimação quando da recepção do relatório diagnóstico das inconsistências. Além de ficar também, evidenciado nos autos a inexistência de qualquer manifestação acerca de dificuldades intransponíveis enfrentadas pelo autuado.

Deixo de emitir considerações acerca do uso de “tributo com efeito confiscatório”, suscitado pelo autuado em relação a multa aplicada no presente Auto de Infração, tendo em vista não ser atribuição desta JJF manifestar-se sob matéria constitucional.

Constato também que ficou patente a correta aplicação da multa de 1% sobre as saídas do período na forma insculpida pela alínea “g” do inciso XIII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, cominação prevista para o descumprimento dos arts. 686 e 708-B e aplicada de acordo com a norma vigente no momento do descumprimento da obrigação acessória, ou seja, quando da não entrega dos arquivos magnéticos. Mantenho, portanto, a infração 05.

COMPARATIVO DO DÉBITO

INFRAÇÃO	A.I.	VOTO
1	1.404,25	1.404,25
2	1.846,35	0,00
3	689.933,27	683.284,79
4	3.804,75	3.348,63
5	174.800,27	174.800,27
TOTAIS	871.788,89	862.837,94

Ante o exposto, concluo dos exames realizados nas peças dos presentes autos, que restou parcialmente comprovado o cometimento, por parte do autuado, das infrações que lhe foram imputadas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **156896.2315/06-7**, lavrado contra **SÓ FERREIRA COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto **R\$ 684.689,04**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$ 178.148,90**, previstas nos incisos XI e XIII-A, alínea “g”, do citado dispositivo legal, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de junho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR