

**A. I. Nº** - 206991.0018/05-5  
**AUTUADO** - COLD AIR COMERCIAL LTDA.  
**AUTUANTE** - LEDNALDA REIS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO (IGUATEMI)  
**INTERNET** - 14. 11. 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF Nº 0345-04/06

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS 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, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuada correções no cálculo do imposto devido, o que reduziu o valor exigido. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** Exigência de acordo com o instituído pela Lei nº 8.967/03. As mercadorias constantes das notas fiscais anexas ao PAF não estão compreendidas entre as hipóteses de exceção. Diligência fiscal apurou fatos que resultaram na eliminação do valor lançado. Infração parcialmente elidida. **3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Presunção parcialmente elidida, tendo em vista não terem sido acostados, aos autos, algumas notas fiscais registradas pelo CFAMT. **4. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS.** Infração comprovada. **5. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE ENTREGA À FISCALIZAÇÃO, QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA.** Infração reconhecida. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/2005, exige ICMS em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS de R\$ 44.508,34 e multa de 70%. Exercícios de 2003 e de 2004.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS de R\$ 102.289,38 e multa de 50%.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS de R\$ 4.360,53 e multa de 70%.

4. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). ICMS de R\$ 4.262,45 e multa de 50%.

5. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Multa de 2,00 UPF/BA.

O autuado, através de seu representante legal, ingressa com defesa às fls. 154 a 159, na qual tece os seguintes argumentos:

1. Reconhece parte da obrigação tributária ora exigida, informando que já providenciou o pagamento.

2. Reclama que simples presunção, relatada na infração 01, não pode caracterizar a hipótese de fato gerador do ICMS, pois a simples ausência ou retardo na escrituração do livro de inventário, de registro de estoque, não pode levar à conclusão simplista de saídas de mercadorias, ou vendas sem a emissão de correspondente nota fiscal. De fato, inexistiam aqueles livros fiscais, de registro da movimentação de estoque, devidamente escriturado ao tempo da fiscalização, o que se constitui em mero descumprimento de obrigação acessória.

Também sem consultar as notas fiscais de entradas e de saídas de mercadorias, efetivamente emitidas, jamais se poderá alcançar a movimentação real tributável. Assim, o autuante teria realizado um arbitramento, sem considerar que os produtos vendidos pelo autuado, são praticamente, impossíveis de serem comercializados sem a competente nota fiscal. São geladeiras, refrigeradores, aparelhos de ar condicionado, televisores, fogões e outros afins, bens de consumo durável, que se fazem acompanhar das respectivas garantias, condicionada à emissão de notas fiscais. Salienta que a maioria de suas vendas foram realizadas para pessoas jurídicas e órgãos da Administração Pública. Pede a realização de perícia, com a verificação de todas as notas fiscais de entrada e de saídas. Exemplifica que no rascunho apresentado à fiscalização, os itens de números 125, 130, 145 e 180, foram levantados equivocadamente, sendo flagrante a diferença encontrada entre o apurado, pela fiscalização, e o constante da referida relação, que corresponde à realidade tributável. Afirma que tal distorção compromete todo o levantamento efetuado.

3. Quanto à infração 02, a autuação procede quanto à falta do recolhimento do imposto por antecipação, mas não procede quanto aos números levantados. Equivocou-se, com efeito, o autuante ao considerar as notas fiscais de aquisição das mercadorias: ou porque considerou as emitidas pelos fornecedores, relativas à competência de fevereiro/2004, quando a legislação expressamente o prevê exclusivamente para a competência março/2004; ou, porque, em praticamente todos os casos, a autuante considerou o mês de emissão da nota fiscal pelo fornecedor, e não o mês da entrada do produto no estado da Bahia, como seria o procedimento correto. Que aquela prática equivocada resultou numa distorção em todos os valores levantados pela autuante, sendo os valores corretos os seguintes: 31/03/2004 – R\$ 2.668,60; 30/04/2004 – R\$ 16.189,73; 31/05/2004 – R\$ 17.361,54; 30/06/2004 – R\$ 15.320,74; 31/07/2004 – R\$ 10.891,99; 30/08/2004 – R\$ 20.185,70; 30/09/2004 – R\$ 2.879,62. Que através do livro de apuração correspondente, com indicação das notas fiscais, se pode ver tais equívocos. Quanto aos valores corretamente apurados pelo autuante, o autuado já cuidou de promover o recolhimento do imposto.

4. Quanto à infração 03, é evidente que o auto de infração resta manifestamente nulo, haja vista que não há qualquer identificação dos fornecedores, cujas notas fiscais de aquisição não teriam sido registradas, o que inviabiliza o exercício do direito de defesa, a fim de elucidar o fato apurado. Observa-se que o autuante não teria dificuldade de demonstrar, no auto, quais notas fiscais, e emitidas por quais fornecedores, deixaram de ser registradas, já que dispõe das mesmas no Sistema CFAMT/SEFAZ, o que permitiria ao autuado contrariar a suposição, demonstrando a verdade. Afirma que a omissão do registro de entradas não resulta na necessária omissão de saída, não tendo a autuante demonstrado a evidência dessa circunstância.

Diz que impõe-se a necessidade de diligência, para complementação do auto e esclarecimento da circunstância autuada, ou deve ser o auto nulo, a respeito, por impossibilitar o exercício do direito de defesa, flagrante contrariedade do princípio insculpido na regra do art. 5º, LV da CF/88.

5. Afirma que a infração 04 é improcedente, pois o autuante considerou, erroneamente, o número de empregados do estabelecimento, que estão regularmente registrados nos livros próprios,

disponibilizado para a fiscalização. Exemplifica que, nos meses de janeiro a agosto de 2004, foram considerados 03 empregados, quando nessas competências os números corretos seriam diversos. Também houve erro nas competências de setembro a dezembro de 2004, o que pode comprovar com a RAIS.

6. Reconhece a procedência da infração 05.

O autuante presta a informação fiscal, de fls. 188 a 193, e relata que a empresa apresentou, de forma incompleta, a documentação fiscal comprobatória do seu movimento, tais como notas fiscais de saídas, DAES, DME, redução de leitura Z, GEFIP, documentos de caixa, sendo necessário um esforço extremo para arrumar a documentação e se proceder à auditoria.

Com relação à infração 01, ressalta que o Livro Registro de Inventário, referente ao exercício de 2003 foi entregue à fiscalização, não havendo qualquer divergência. Selecionou-se 13 itens e foi verificado uma expressiva entrada de condicionador de ar, sem a correspondente saída e sem constar no inventário de 2003.

Em 2004, também ocorreu entradas superiores às saídas, e não foram entregues todos os documentos, apesar de intimada a empresa.

Esclarece que efetuou o levantamento não pela marca dos produtos, mas pela discriminação.

Não considerou o rascunho de inventário, apresentado pelo contribuinte, em função de que o levantamento de estoques foi pela identificação da marca, modelo, como, por exemplo, o item 130, condicionador de ar 10.000 BTUs, 220 volts marca LGO. O material apresentado não identifica a marca, se limitando apenas a quantidade de BTUs, ou seja, a capacidade do equipamento. Neste caso foi identificada a codificação da nota de entrada, da nota de saída e do inventário, verificando-se a uniformidade dos bens quanto a tipo de bem, marca, especificidade, voltagem dos produtos. Não houve conflito de identificação, na determinação da amostragem.

Na infração 02, a empresa reconheceu parte, relativa ao período de 2004. A defesa chama atenção, de que foi considerada a data de saída dos produtos, quando deveria ter sido considerada a data de entrada, mas por se tratar de empresa enquadrada no Simbahia, e não ter escrituração de livros fiscais, optou pela data de saída do remetente.

Foram verificadas todas as notas fiscais de aquisições de mercadorias, oriundas de outros estados da Federação, e confrontadas com a relação do Sistema CFAMT/GETRA/SEFAZ. Não tendo a empresa todos os DAES correspondentes, foi verificado e identificado nota a nota, sendo efetuado também pesquisa no sistema INC/SEFAZ, conforme planilha de fls. 38 a 48.

Salienta que solicitou as notas fiscais relativas à infração 03, ao setor de arquivamento da SEFAZ, conforme requisição nº 34038, não tendo sido atendido em tempo hábil.

Na infração 04, as divergências apresentadas não dizem respeito ao número de empregados, pois conforme planilha de fl. 53, a empresa teve alterações nas faixas de alíquota. Informa que considerou o número de empregados, conforme o livro Registro de Empregados, tendo sido inclusive informado o número de 10, em alguns meses.

Opina pela procedência do Auto de Infração.

A 4ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, fls. 202 a 203, tendo sido elaborado o Parecer ASTEC de fls. 206 a 210, com as seguintes conclusões:

Na infração 01, em relação ao exercício de 2003, o contribuinte nada apresentou para elidir total ou parcialmente o valor de R\$ 23.385,84. Já para o exercício de 2004, considerando os dados do Registro de Inventário de 31/12/2004, apresentado pelo contribuinte, e os equívocos nos dados relativos ao estoque Inicial no levantamento de estoque da ação fiscal, o ICMS devido passa a ser de R\$ 21.122,50 para R\$ 17.273,87.

Quanto à infração 02, no demonstrativo anexo, constam todas as notas fiscais originalmente relacionadas pelo autuante, nas fls. 40 a 46 do PAF, (cópias e respectivos conhecimentos de

transporte constando data de recebimento, que lhes foram entregues pelo contribuinte), mas que efetivamente só entraram no estabelecimento no período compreendido pela ação fiscal deste item (09/03 a 30/09/2004). O ICMS relativo a essas notas fiscais perfaz R\$ 89.223,47. Deste ICMS, e referentes às notas fiscais indicadas no demonstrativo, o contribuinte recolheu em 31/10/2005, o valor de R\$ 67.306,16, com o benefício da Lei 9650/2005, anexo. Assim, o valor restante devido é de R\$ 21.917,71.

Na infração 04, em relação ao exercício de 2002, o contribuinte nada apresentou para elidir total ou parcialmente o valor de R\$ 3.221,37, apurado conforme demonstrativo de fl. 53. Ajustado o demonstrativo de fl. 52, com os números de empregados que o contribuinte informa em sua defesa, fl. 158, apurou que no exercício de 2004 foi recolhido ICMS a maior no montante de R\$254,08 conforme demonstrativo anexo.

Ao final elabora demonstrativo de débito, que resulta no ICMS total no valor de R\$ 70.238,72, já deduzidos o pagamento indicado na infração 02, conforme abaixo discriminado:

Data ocorrência	Data Vencimento	Base de calculo	Alíquota %	Multa %	ICMS	Infração
31/12/2003	09/01/2004	137.563,76	17	70	23.385,84	01
31/12/2004	09/01/2005	17.273,87	17	70	17.273,87	01
31/05/2004	09/06/2004	1,94	17	70	0,33	02
30/08/2004	09/09/2004	102.977,88	17	70	17.506,24	02
30/09/2004	09/10/2004	25.947,82	17	70	4.411,13	02
31/01/2002	09/02/2002	3.222,29	17	70	547,79	03
31/03/2002	09/04/2002	3.855,47	17	70	660,53	03
30/04/2002	09/05/2002	3.830,82	17	70	651,24	03
30/05/2002	09/06/2002	2.377,65	17	70	404,20	03
31/07/2002	09/08/2002	119,41	17	70	20,30	03
31/08/2002	09/09/2002	11.553,65	17	70	1.964,12	03
30/09/2002	09/10/2002	264,59	17	70	44,98	03
31/10/2002	09/11/2002	396,29	17	70	67,37	03
30/06/2002	09/07/2002		17	50	279,48	04
31/07/2002	09/08/2002		17	50	133,51	04
31/08/2002	09/09/2002		17	50	285,28	04
30/09/2002	09/10/2002		17	50	119,84	04
31/03/2002	09/04/2002		17	50	943,32	04
31/05/2002	09/06/2002		17	50	1.459,93	04
31/12/2000	31/12/2000				79,42	04
Total do débito					70.238,72	

O autuado ao ser cientificado do parecer acima não se manifestou.

Em decorrência das notas fiscais, referente à infração 03, não estarem anexadas ao PAF, esta 4ª JF deliberou que o presente processo fosse diligenciado ao autuante, para que procedesse à juntada daqueles documentos, entregando cópia ao contribuinte, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 dias.

O autuante anexa 17 notas fiscais, endereçadas à empresa autuada, conforme 3ª via, destinada ao fisco, de fls. 572 a 588 do PAF.

O autuado reitera suas razões de defesa, no tocante à infração 03, especialmente no sentido de que a nulidade persiste, pois a acusação encontra-se viciada, por falta de menção às notas fiscais que não teriam sido registradas contabilmente, desde a peça inicial do PAF. Restou cerceado o principio do contraditório e da ampla defesa, nulidade que entende não possa ser suprida a posteriori. Não fosse a hipótese de nulidade da referida infração, restaria improcedente, pois as notas fiscais teriam sido registradas no livro Diário Geral nº 11, o que se pode constatar, consultando as rubricas “débito de estoque de mercadorias” e “crédito de fornecedores”, considerando o valor total das compras no final de cada mês. Ressalta que sendo empresa de pequeno porte, não estava obrigada a ter contabilidade, mantendo-se apenas para atender à

legislação societária. Ressalta que recolheu regularmente o imposto no exercício de 2002, utilizando adequadamente as alíquotas, nas faixas de receita bruta.

O autuado reconheceu parcelas do Auto de Infração, para pagamento pela Lei 10.328/06, conforme planilha de fl. 641, no valor de R\$ 57.800,61.

## VOTO

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois constatada a falta de entrega, ao autuado, das notas fiscais referentes à infração 03, a diligência realizada supriu a falta processual, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa de 30 dias, e a entrega de cópias dos documentos à empresa.

No mérito, na infração 01, está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurado através do levantamento quantitativo de estoques, referente aos exercícios de 2003 e de 2004.

Após diligência foi constatado que os valores originariamente apurados, no exercício de 2004, deveriam ser reduzidos em função da correta verificação das quantidades de entradas e de saídas dos produtos, através dos competentes documentos fiscais, bem como das quantidades constantes no estoque inicial daquele exercício. Assim, a diligência apontou para o resultado de omissão de saídas no exercício de 2004, no valor de R\$ 17.273,87, no que concordo.

Quanto ao exercício de 2003, o contribuinte não apontou a ocorrência de equívocos no levantamento fiscal, razão porque deve ser mantido o valor do lançamento na íntegra, ICMS de R\$ 23.385,84.

Na infração 02, o contribuinte reconheceu parte do lançamento, tendo efetuado o recolhimento do imposto no valor reconhecido, com o Benefício da Lei nº 9.650/2005. Em diligência foi apurado que algumas mercadorias cujo ICMS antecipado estava sendo exigido, somente entraram no estabelecimento em período posterior ao alcançado na ação fiscal, conforme demonstrativo anexo à diligência, onde constam todas as notas fiscais originalmente relacionadas pela autuante, nas fls. 40 a 46 do PAF, (cópias e respectivos conhecimentos de transporte constando data de recebimento, entregues pelo contribuinte). Deste modo, o diligente concluiu, no que acompanho, que o ICMS relativo a esta infração perfaz R\$ 89.223,47, conforme demonstrativo de fls. 234 a 239. Infração parcialmente elidida, sendo que a empresa autuada, recolheu em 31/12/2005, o valor de R\$ 67.306,16, através do DAE Anistia/Lei 9.650/2005, fl. 240.

Na infração 03, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, conforme listagem do sistema CFAMT, verifico que no Anexo III, fls. 49 e 50, encontra-se a listagem das notas fiscais e base de cálculo que deram origem à infração. Cabe ainda ressaltar que foi efetuada diligência, com o fito de que fossem anexadas as notas fiscais que embasam a autuação, com a entrega de cópias ao sujeito passivo.

Assim, 17 notas fiscais foram juntadas ao PAF, de fls. 572 a 588, e do valor originariamente exigido de R\$ 4.360,53, devem excluídos o ICMS de R\$ 204,24, R\$ 29,68, e R\$ 44,98, referente às notas fiscais nºs 1745601, de 16/04/2002, 31357 de 17/04/2002, 52323 de 26/09/20, o que perfaz o valor de R\$ 4.081,63 de ICMS devido nesta infração.

A autuação encontra fundamento no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02:

*“O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações*

*fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.*

Infração parcialmente comprovada.

Na infração 04, está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menor o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). Após reclamo do contribuinte, de que o número de empregados não havia sido, corretamente, considerado para efeitos de cálculo do imposto a pagar, o diligente constatou que em relação ao exercício de 2002, o contribuinte nada apresentou para elidir total ou parcialmente o valor de R\$ 3.221,37, apurado conforme demonstrativo de fl. 53. Ajustado o demonstrativo de fl. 52, com os números de empregados que o contribuinte informa em sua defesa, fl. 158, apurou que no exercício de 2004 foi recolhido ICMS a maior no montante de R\$254,08 conforme demonstrativo anexo.

Assim, acompanho o resultado apurado pelo diligente, remanescendo o valor do ICMS no exercício de 2003, em R\$ 3.221,36.

Na infração 05, está sendo exigida multa de 02 UPF/BA, em razão da falta de apresentação de livro fiscal, tendo sido reconhecida pelo contribuinte.

Em decorrência dos ajustes efetuados neste Auto de Infração o demonstrativo de débito assume a seguinte feição:

Data ocorrência	Data Vencimento	Base de calculo	Alíquota %	Multa %	ICMS R\$	Infração
31/12/2003	09/01/2004	137.563,76	17	70	23.385,84	01
31/12/2004	09/01/2005	17.273,87	17	70	17.273,87	01
					40.659,71	
31/03/2004	09/04/2004	19.417,17	17	50	3.300,92	02
30/04/2004	09/05/2004	100.882,76	17	50	17.150,07	02
31/05/2004	09/06/2004	100.998,82	17	50	17.169,80	02
30/06/2004	09/07/2004	90.122,00	17	50	15.320,74	02
31/07/2004	09/08/2004	64.870,58	17	50	11.028,00	02
30/08/2004	09/09/2004	111.662,47	17	50	18.982,62	02
30/09/2004	09/10/2004	36.890,05	17	50	6.271,31	02
					89.223,46	
31/01/2002	09/02/2002	3.222,29	17	70	547,79	03
31/03/2002	09/04/2002	3.885,47	17	70	660,53	03
30/04/2002	09/05/2002	2.282,82	17	70	388,08	03
30/05/2002	09/06/2002	2.377,64	17	70	404,20	03
31/07/2002	09/08/2002	119,41	17	70	20,30	03
31/08/2002	09/09/2002	6.259,52	17	70	1.064,12	03
31/10/2002	09/11/2002	396,29	17	70	67,37	03
					3.152,39	
30/06/2002	09/07/2002	1.644,00	17	50	279,48	04
31/07/2002	09/08/2002	785,35	17	50	133,51	04
31/08/2002	09/09/2002	1.678,11	17	50	285,28	04
30/09/2002	09/10/2002	704,94	17	50	119,84	04
31/03/2002	09/04/2002	5.548,94	17	50	943,32	04
31/05/2002	09/06/2002	8.587,82	17	50	1.459,93	04
					3.221,36	
31/12/2000	31/12/2000			02 UPF/BA	79,42	05

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206991.0018/05-5**, lavrado contra **COLD AIR COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 136.256,92**, acrescido das multas de 70%, sobre R\$ 43.812,10 e de 50% sobre R\$92.444,82, previstas no art. 42, III, I, alínea “b”, item 1, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$79,42**, prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de outubro de 2006

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR