

**A. I. N °** - 206855.0001/06-9  
**AUTUADO** - SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA.  
**AUTUANTE** - JOÃO EMANOEL BRITO ANDRADE  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 20. 12. 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0387-04/06

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. A omissão de saídas por si só configura a ocorrência do fato gerador, pois a saída constitui o elemento temporal da norma jurídica que define o fato tributável. Por outro lado, a falta de contabilização de entradas de mercadorias, conforme presunção autorizada por lei, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriores também não contabilizadas. Refeitos os cálculos com redução do valor inicial. Infração parcialmente caracterizada. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CAFÉ. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Fato comprovado. Não acolhida a argüição preliminar de nulidade. Os equívocos quanto à capitulação legal dos fatos, neste caso, não constituíram cerceamento de defesa, pois a descrição das situações verificadas foi feita de forma satisfatória. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/09/2003, reclama ICMS no valor de R\$25.431,54, acrescido das multa de 70%, decorrente de:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$22.741,41, decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em

- exercício fechado (2004), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$2.285,78, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída 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 (2005).
  3. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 404,35, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuada sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado.

O autuado impugnou o lançamento tributário, às fls. 199/208, alegando que a fiscalização, em 29 de março de 2006, notificou a Sra. Marise Ferreira dos Santos, que, em sua opinião, não possui qualquer poder para representar a impugnante, sendo esta apenas uma auxiliar do escritório de contabilidade contratado para prestar alguns serviços ao autuado. Assim, as informações parciais e sem identificação constante no lançamento ferem flagrantemente o artigo 142 do CTN, promovendo verdadeira impossibilidade de impugnar aquilo que não se conhece, estando prejudicada a defesa, implicando em nulidade da autuação.

Aduz que a alegação da fiscalização de existência de diferença de estoque não procede, haja vista que o levantamento do estoque não levou em consideração o fato de que as mercadorias que ele supostamente considerou como saída, na verdade, nem foi objeto de entrada física no estabelecimento localizado em Salvador, pois a carga enviada a título de transferência com destaque e recolhimento do ICMS do estabelecimento de São Paulo acabou sendo alvo de perecimento e saque em acidente de trânsito realizado em 14 de novembro de 2004.

Argumenta que na planilha o autuante constam dados imprecisos, conforme se pode apontar:

- 1- O autuante à folha 04 do seu primeiro relatório (período: 01/10/2004 a 31/12/2004), informou nota fiscal em duplicidade (Nº 640), código do produto 1093.
- 2- Outro erro é a informação da entrada de 1000 caixas, ao invés de 200 caixas, conforme consta do arquivo magnético e escrituração fiscal, folha 09 (período: 01/01/2004 a 31/12/2004), conforme Nota Fiscal 113.237.
- 3- Erro quanto à quantidade inserida de forma errada na planilha está descrita à fl. 1 do demonstrativo de saídas de Mercadorias, ao invés de colocar 2 caixas, o agente inseriu 20 caixas, Nota Fiscal nº 6.070.

Aduz que existem outros erros que serão apontados no prazo de 30 dias.

Em relação a infração 03, assevera que conforme demonstrado no item anterior, traz mais um equívoco, na medida em que se baseia em planilha com dados incorretos, para fundamentar diferença de estoque, informando genericamente e sem identificação precisa quais os produtos ou operações que não se sujeitaram à retenção e recolhimento do imposto, entendendo que é nula,

No tocante a multa, aduz que não havendo ilícito praticado pelo autuado, não há que se falar em multas e juros, por ausência da obrigação principal.

Ao finalizar, requer a nulidade da autuação.

Na informação fiscal, fl. 248, o autuante ressalta que todos os contatos mantidos com o autuado, desde o início do processo de fiscalização até os termos finais, foram intermediados pela Sra.

Marise Ferreira dos Santos, por esta razão somente prestar sua informação fiscal após pronunciamento do CONSEF desta preliminar.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência à INFRAZ/ATACADO, para que o autuante prestasse a informação fiscal conforme § 6º do artigo 126, do RPAF/99.

Cumprida a diligência, o autuante ao prestar a informação fiscal, folhas 257/258, salienta que:

- 1- Em relação ao pedido de nulidade – que o autuado produziu a sua defesa, bem como lhe tendo sido dada nova oportunidade de manifestar-se nos autos, ficando superada a preliminar de ilegitimidade de pessoa para assinatura do Auto de Infração.
- 2- Quanto a alegação de carga sinistrada- destaca que a referida Nota Fiscal nº 115.761, de 12.11.2004, não foi considerada no levantamento, conforme pode ser comprovado no demonstrativo de entrada acostados às folhas 07 a 23.
- 3- Sobre as alegações de quantidades equivocadas, acata as ponderações da defesa no que concerne às quantidades de mercadorias atinentes às notas fiscais de nº 640, de 31.08.2004 (fl. 10) e 113.237, de 19.10.2004 (fls. 15).
  - 3.1- A Nota Fiscal nº 640, foi relacionada em duplicidade, razão pela qual serão abatidas 25 unidades das 60.398,55 consideradas, resultando num total de 60.373,55.
  - 3.2 - A Nota Fiscal nº 113.237, contém 1.000 kg de café e não 1.000 cx, como foi considerado no levantamento, já que ao dividirmos 1.000 por 5 (fator de transformação de kg para cx) encontra-se a quantidade correta de 200 caixas. Assim, serão abatidas 800 unidades das 103.479,35, encontra-se 102.949,35.
  - 3.3 – A Nota Fiscal nº 6.070, de 09.01.2004, fl. 24, mantém a quantidade encontrada de 20 caixas, posto que se fossem colocadas as 02 caixas pretendidas pela defesa o preço unitário resultaria num valor totalmente fora do real, qual seja: R\$ 482,30.

Aduz que, antes as modificações acima, a infração 1 foi reduzida para R\$ 22.711,03 e a infração 03 passou para R\$ 1.704,24.

Ao finalizar, salienta que acostou à informação fiscal as planilhas retificadas das infrações acima.

O autuado recebeu cópia dos novos demonstrativos, folhas 264 a 271.

O autuando em nova manifestação, folhas 275/278, reiterou as alegações da defesa anterior.

À folha 288, o autuante salienta que o autuado reiterou as alegações anteriores, razão pela qual mantém a informação fiscal anterior.

## VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente de falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2004), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, ou seja, o das saídas omitidas (infração 01); em razão da constatação de diferença tanto de entrada como de saída 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 2005 (infração 02) e pela falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS na condição de contribuinte substituto,

relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuada sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (infração 03).

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a pessoa que assinou o Auto de Infração, conforme reconheceu o próprio autuado em sua peça defensiva, é funcionário da empresa de contabilidade que presta serviços ao autuado, portanto, encontra-se caracterizada sua condição de preposto do autuado, pois encontrava-se com a posse dos livros e documentos do autuado. Saliento ainda que o autuado recebeu sua via do Auto de Infração, bem como das planilhas e levantamento realizados na ação fiscal, tendo impugnado o lançamento tributário detalhando os números das notas fiscais que considerou haver distorções. Em relação aos equívocos alegados em relação as quantidades, o PAF foi convertido em diligência para correções devidas. Ademais, a redução do valor do imposto reclamado não é causa para nulidade do auto, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Relativamente as infrações 01 e 03, o autuado apontou alguns equívocos no levantamento do autuante, tendo acostado aos autos demonstrativos, cópias de notas fiscais e do livro Registro de Inventários para comprovar suas alegações.

Por sua vez, o autuante, após examinar os documentos acostados pela defesa revisou os levantamentos e acatando parcialmente os argumentos defensivos, tendo elaborado novos demonstrativos corrigidos os equívocos.

O argumento defensivo de que as mercadorias constantes na Nota Fiscal nº 115.761 não pode ser acolhido, pois o autuante não incluiu em seu levantamento a referida nota fiscal, conforme pode ser observado no levantamento das entradas.

Entendo que o autuado comprovou parcialmente, mediante documentos acostados aos autos quando da defesa, os erros constantes dos levantamentos elaborado quando da ação fiscal, em relação ao exercício de 2004, os quais foram corrigidos quando da informação fiscal.

Assim, entendo que a infração 01 restou parcialmente caracterizada no valor R\$22.711,03. Quanto a infração 03, a mesma deve ser mantida no valor integral, pois o valor apurado após a revisão fiscal é superior ao lançado no Auto de Infração em tela, assim, somente poderá ser cobrado em outro Auto de Infração.

No tocante a infração 02, em sua defesa o autuado não apontou nenhum equívoco, razão pela qual entendo que a mesma restou caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 25.401,16, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	CONCLUSÃO	ICMS DEVIDO
1	22.711,03	PROC.PARTE
2	2.285,78	PROCEDENTE
3	404,35	PROCEDENTE
TOTAL	25.401,16	

**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 **206855.0001/06-9**, lavrado contra **SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$25.401,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$404,35 e de 70% sobre R\$ 24.996,81 previstas no art. 42, incisos II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de dezembro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR