

A. I. N° - 206911.0002/05-7
AUTUADO - SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA
AUTUANTE - JALDO VAZ COTRIM e ADAIR ZAMBONI RIBEIRO
ORIGEM - IFEP/NORTE
INTERNET - 02/03/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0053-03/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. **a.1** EXERCÍCIO ABERTO; **a.2.** EXERCÍCIO FECHADO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Diligência fiscal reduziu o valor do débito. Infrações parcialmente elididas. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **c)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. **d)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal. Infrações reconhecidas. 2. IMPORTAÇÃO. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Comprovado nos autos que o imposto da operação foi exigido e pago na infração 4. Infração insubsistente. 3. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. O Termo de Acordo para a redução da base de cálculo do ICMS, nas operações de venda em atacado, foi cancelado por iniciativa do Fisco. A legislação tributária determina que a utilização do benefício fiscal requerido pelo contribuinte só pode ocorrer depois da celebração do Termo de Acordo, fato

que não ocorreu. Infração não impugnada. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Diligência fiscal refez o levantamento, reduzindo o débito. Infração parcialmente subsistente. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não defendida. 6. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. IMPOSTO DESTACADO A MAIS. Infração não contestada. Acatada parcialmente a nulidade suscitada relativa à infração 5. Indeferido o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 19/12/05, exige ICMS de R\$202.888,80 acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$50,00, relativo às seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis – (Janeiro, Junho e Dezembro/04) - R\$36.309,45.
02. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entrada 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 (Março e Setembro/04) - R\$15.255,70.
03. Recolheu a menor ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial - R\$1.770,88.
04. Deixou de recolher o ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida de benefício da redução da base de cálculo. Consta, na descrição dos fatos, que trata-se das saídas de alpiste verificadas nos meses de janeiro a abril/04 com a utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo no percentual de 41.176% aplicada, sem previsão legal para o produto, conforme ditames do Dec. 7.799/00 e Anexo 10 - R\$1.959,70.

05. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados e relacionadas nos anexos 88 (Fevereiro/02 a abril/04) – R\$145.481,34.

06. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento - R\$1.151,10.

07. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (Julho/05) sendo aplicada multa fixa de R\$50,00.

08. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entrada de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto (julho/05) - R\$928,70.

09. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entrada como de saídas de mercadorias, 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 (julho/05) - R\$29,93.

10. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado no documento fiscal. Consta, na descrição dos fatos, que apropriou-se indevidamente do imposto destacado com a alíquota de 18% em vez de 17%, prevista para as operações internas - R\$2,00.

O contribuinte, peticionou à Inspetoria Fazendária o reconhecimento parcial da autuação, conforme requerimento juntado à fl. 918 para pagamento com os benefícios da Lei 6.950/05, relativo às infrações 4, 6, 7, 8, 9 e 10 totalizando o principal de R\$76.220,97 (fl. 929).

Na defesa apresentada (fls. 945 a 963), preliminarmente o defendente discorre sobre o bom relacionamento mantido com a fiscalização, inclusive do reconhecimento das infrações 4, 6, 7, 8, 9 e 10, que já foram quitadas.

Diz que em relação à infração 1 e 2, foram apuradas pela mesma sistemática (levantamento quantitativo de estoques), motivo pelo qual apresenta defesa concomitante, referente a estas infrações, indicando diversas inconsistências no levantamento fiscal, relativo:

Período de 01/01/04 a 31/01/04 (infração 1): as mercadorias alpiste, arroz, óleo de soja e papel higiênico (fls. 949 e 950).

Período de 01/02/04 a 31/03/04 (infração 2): as mercadorias alpiste, arroz, desodorante, leite em pó, sabão azul pintado (fls. 950 e 951).

Período de 01/01/04 a 31/06/04 (infração 1): as mercadorias alpiste e óleo de soja (fl. 952).

Período de 01/07/04 a 30/09/04 (infração 2): as mercadorias sabão miniano, desodorante, papel higiênico, sabão azul e esponja de aço.

Período de 01/10/04 a 31/12/04 (infração 1): as mercadorias prendedor de roupa, café solúvel, pilha rayovac, sabão azul e papel higiênico. Ressalta que os autuantes deixaram de contabilizar as operações de ingresso e saída de bacalhau em caixas de 10 e 25 kg, destinadas ao armazenamento e ao retorno, registradas através do CFOPs 1906 e 5905, conforme demonstrativos que juntou ao processo.

Teceu comentários sobre as operações com produtos armazenados em depósito fechado e de terceiros (câmaras frigoríficas e câmaras de resfriamento). Pondera que os autuantes não levaram

em consideração que por se tratar de comercialização com produtos perecíveis, são armazenados em câmaras frigoríficas, e em alguns casos, a mercadoria é comercializada sem que tenha disponibilidade na própria empresa. Exemplifica que no período de 01/02/04 a 31/03/04 foi apurada uma omissão de entrada de 334 cx de bacalhau, enquanto no período de 01/04/04 a 30/06/04 foi apurada omissão de saída em volta de 334 cx do mesmo produto, o que conduz a dedução de que as mercadorias comercializadas nos dias 30 e 31/03/04 ainda se encontravam no depósito, só vindo a ser transferidas para o estabelecimento no dia seguinte, que corresponde a outro período, o que pode ser confirmado pela análise das notas fiscais de nºs 125 e 126 que deram retorno de armazenamento em 01/04/04, para confirmar entrega de venda realizada nos dias 30 e 31/03/04. Diz que o mesmo procedimento ocorreu com as mercadorias consignadas nas notas fiscais de nºs. 15718 a 15723, cujas cópias juntou ao PAF às fls. 995 a 998.

No que se refere à infração 3, reconhece que recolheu a menos o ICMS relativo à importação de “alpiste”, em decorrência de ter aplicado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00, já que o mencionado Decreto não contempla o benefício da redução da base de cálculo para aquela mercadoria. Esclarece que na saída da citada mercadoria (alpiste), da mesma forma, aplicou indevidamente a redução da base de cálculo, o que foi objeto da infração 4 deste Auto de Infração, a qual foi reconhecida e paga. Alega que tendo recolhido a menos o imposto na importação, conseqüentemente creditou-se de valor menor do que teria direito se tivesse calculado e recolhido corretamente. Como pagou o imposto a mais na saída (exigido na infração 4), não causou prejuízo ao Fisco, tendo em vista que o valor que é devido pelo recolhimento a menos pela importação, já foi pago na operação de saída da mercadoria, e se exigido, faz jus a um crédito fiscal no mesmo valor que for pago na importação.

Requer que seja dispensado a diferença exigida nesta infração e se mantida, que seja deduzida da infração 4.

Em relação à infração 5, argumenta que “sob pena do descumprimento do devido processo legal, requer a exclusão de todas as notas fiscais obtidas através de terceiros, que não do próprio contribuinte, e que cujas cópias não integram o PAF, e por conseqüência não foram fornecidas ao Autuado, por constituir-se cerceamento do direito de defesa”. Relacionou às fls. 959 e 960, os nºs. de diversas notas fiscais referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2004 e pede a exclusão daquelas notas fiscais da autuação, por entender que constitui descumprimento de formalidade essencial, conforme prescreve o RPAF/BA, o que impossibilita o exercício do contraditório e apreciação por parte dos membros julgadores do CONSEF. Requer a nulidade absoluta do crédito constituído relativo a esta infração. Ressalta, que se não acolhida à nulidade suscitada, deve ser feito os demonstrativos com a conseqüente exclusão das notas fiscais não integrantes do processo.

No mérito, referente à infração 5, questiona os valores apurados, tendo em vista que não foram compensados os valores recolhidos a mais nos períodos anteriores, em alguns casos, decorrente de lançamento de nota fiscal em período seguinte ao da sua emissão pelo fornecedor.

Destaca que nos meses de janeiro, março, agosto, novembro e dezembro/02; março e maio/03 e abril, maio, junho e setembro/04, houve recolhimentos em valores superiores aos apurados pelos autuantes. Entende que após a exclusão das notas fiscais inexistentes que não foram juntadas ao processo, devem ser identificados os valores efetivamente devidos ou não em decorrência do levantamento fiscal.

Alega que no levantamento fiscal foram incluídas as notas fiscais de nºs. 5562, 5563, 5566, 5567, de dezembro/02 e 904, 9277, 9278, 9280 e 9294 de maio/03, que já tinham sido objeto de exigência do ICMS-ST no Auto de Infração de nº 232849.006/04-3, o que no seu entendimento constitui uma bi-tributação dos mesmos fatos geradores.

Por fim, requer a procedência parcial da autuação, com a revisão do lançamento baseado nos elementos probatórios apresentados junto com a defesa, inclusive o direito de provar tudo que foi

alegado, por todos os meios admitidos, inclusive de laudos periciais, revisões fiscais, documentos e testemunhas, na melhor forma da lei.

Os autuantes, na sua informação fiscal (fl. 1164 a 1172), preliminarmente esclarecem que a ação fiscal que resultou na lavratura do Auto de Infração, foi desenvolvida em meio parcialmente prejudicado, tendo em vista que anteriormente ocorreu um alagamento no estabelecimento do contribuinte, fato que foi comunicado à SEFAZ extemporaneamente. Salientam que em decorrência deste sinistro, foram destruídos involuntariamente diversos documentos fiscais e contábeis alusivos aos exercícios de 2002 e 2003, o que dificultou a realização dos trabalhos da fiscalização. Dizem que diante de tais circunstâncias, promoveram uma circularização de informações junto aos fornecedores do estabelecimento autuado, bem como fizeram uso das notas fiscais capturadas no programa de Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsitos (CFAMT). Informam ainda, que utilizaram uma base de dados constantes de um livro Diário rascunhado em grafite, cujas cópias foram acostados às fls. 622 a 707 do processo.

Em relação às infrações 1 e 2, dizem que, diante dos documentos apresentadas na defesa, acataram todas as alegações do autuado e promoveram a correção dos demonstrativos da auditoria dos estoques, (fls. 10 a 19 e 125 a 127), conforme resumo abaixo:

Infração	Período	Valor autuado R\$	Valor ajustado R\$
1	01/01/04 a 31/01/04	2.540,98	269,56
1	01/04/04 a 30/06/04	15.218,99	8.916,90
1	01/10/04 a 31/12/04	18.549,48	16.613,17
2	01/02/04 a 31/03/04	12.914,79	11.818,81
2	01/07/04 a 30/09/04	2.340,81	4.883,67

Contestam a alegação defensiva de que as vendas de Bacalhau em caixa de 25 e 50 Kg realizadas pela matriz nos dias 30 e 31/03/04, só deram entrada no estabelecimento por transferência dos depósitos em 01/04/04, haja vista que as notas fiscais correspondentes de nº 39.008 (fl. 979) indicam que as saídas das mercadorias ocorreram efetivamente nos dias 30 e 31/03/04. Ressaltam que procederam em conformidade com as instruções constantes da Portaria 445/98 e que utilizaram os dados constantes do livro de Registro de Inventário escriturado pelo estabelecimento autuado, cujas cópias foram acostadas às fls. 901 a 916 do PAF, que tem escrituração trimestral.

Quanto ao item Bacalhau em caixas de 10 e 28 Kg, ressaltam que não computaram no levantamento dos estoques os Códigos Fiscais de Operações (CFOP) 1906 e 5905, tendo em vista que se referem a operações de remessa e retorno de mercadorias para o depósito fechado, as quais não provocam qualquer reflexo sobre o levantamento quantitativo de estoques.

Em relação à infração 3, reconhecem como totalmente procedentes as alegações defensivas.

No que se refere à infração 5, estranham a manifestação de surpresa do autuado, considerando que mesmo que involuntariamente tenha dado causa a destruição dos documentos originais sob a sua guarda, não restou aos autuantes outra alternativa a não ser utilizar o rascunho escriturado a lápis grafite do livro Diário do estabelecimento autuado (fls. 1266 a 1287).

Em relação à alegação defensiva de que os autuantes valeram-se de notas fiscais coletadas junto a fornecedores e no CFAMT, afirmam que estes procedimentos complementam a reconstituição no todo ou em parte da documentação destruída no mencionado sinistro, ocorrido no estabelecimento autuado e que estes procedimentos obedecem a uma coerência na busca da verdade material dos fatos.

Ressaltam que dos valores apurados nesta infração, foram deduzidos os recolhimentos efetuados espontaneamente pelo autuado relativo ao período fiscalizado.

No tocante à alegação defensiva de que não forneceram ao autuado as cópias das notas fiscais arroladas nos Anexos 03, 04 e 05, que constitui um cerceamento do direito de defesa, reconhecem

tal alegação e dizem que, objetivando instruir complementarmente o presente processo, fazem juntada ao PAF do Anexo 11 (fls. 1183 a 1193). Ressaltam que tais documentos não eram desconhecidos pelo autuado, haja vista que os mencionados documentos foram registrados nos rascunhos a grafite do livro Diário apresentado à fiscalização, a exemplo das notas fiscais de nº 791 e 809, registrado na fl. 42 do livro Diário (fl. 625) e outras que exemplificaram à fl. 1169.

Informam que procederam algumas correções no Anexo 04, sem que implicasse em qualquer repercussão valorativa, a exemplo da nota fiscal de nº 3434, no valor de R\$10.488,00, que foi corrigido o fornecedor de Bertin para Independência.

Quanto às alegações de que não foram compensados os valores pagos a mais em períodos anteriores em decorrência do desencontro da data de emissão da nota fiscal e mês em que foi computada no levantamento fiscal, afirmam que não existe previsão legal de conta corrente fiscal para apuração do ICMS antecipado relativo a mercadorias adquiridas em outros Estados e enquadradas no regime de substituição tributária.

Afirmam que a dificuldade de localização de notas fiscais contribuiu para a ocorrência de valores “pagos a maior” em alguns meses, ressaltando que foram detectadas diversas notas fiscais de aquisição de Charque em outras unidades da Federação, cujas entradas foram omitidas pelo autuado, conforme comprovam as notas fiscais de nº 9277, 9278, 9280 e 9294 (fls. 387 a 390); 2349, 2352, 2354, 2396, 2398, 2424, 2425, 2427 a 2431 (fls. 413 a 431).

Quanto à alegação defensiva de que ocorreram desencontros temporais entre o momento da emissão de notas fiscais e da efetiva entrada no estabelecimento, afirmam que não foram trazidas ao processo as provas do que foi alegado. Esclarecem que tomaram como base as datas das saídas das mercadorias dos fornecedores, consideraram o percurso e tempo entre remetente e destinatário, para apurar os valores devidos, deduzindo os valores pagos espontaneamente. Concluem mantendo integralmente a infração 5.

No que tange a alegação defensiva de que foram incluídas na autuação as notas fiscais de nºs. 5562, 5563, 5566 e 5567 relativas ao mês de dezembro/02 e notas fiscais de nºs. 904, 9277, 9278, 9280 e 9294 de maio/03, contestam que tal alegação é inócua, haja vista que a inclusão das aludidas notas fiscais não resultara em cobrança do imposto relativo àqueles meses.

Concluem dizendo que foram acatadas todas as provas apresentadas, remanescendo um crédito tributário de R\$192.104,87, conforme demonstrativo acostado junto com a informação fiscal às fls. 1291 e 1292.

O autuado foi intimado em 25/07/06, para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documento juntado à fl. 1295, tendo o impugnante se manifestado no prazo concedido às fls. 1299 a 1311. Inicialmente ressalta a objetividade e clareza da informação fiscal, contudo alega que em relação às infrações 1 e 2, as alterações procedidas na informação fiscal não corrigiram todos equívocos cometidos pela fiscalização, conforme passou a expor:

Infração 1:

- a) Prendedor p/roupa: o estoque final é de 1061 unidades e não de 107, conforme livro RI;
- b) Café solúvel (fd): o estoque final é de 10 e não de zero, conforme livro RI;
- c) Pilha Rayovac (un): o estoque final é de 107 e não de 2, conforme livro RI;
- d) Sabão azul (fd): o estoque final é de 247 e não de 39, conforme livro RI;
- e) Papel higiênico (fd): o estoque final é de 1493 e não de 493, conforme livro RI;

f) Bacalhau de 10 e 25 Kg (cx): deixaram de contabilizar as operações de remessa e retorno de armazenamento, registradas através do CFOP 1906 e 5905, conforme demonstrativo que juntou à defesa inicial;

g) Alpiste: Alega que o levantamento fiscal não guarda relação com os lançamentos do impugnante, divergindo em quantidades de estoque final, bem como no lançamento efetuado

nota a nota, conforme demonstrativo que ora junta ao PAF, o que pode ser constatado numa revisão fiscal.

Infração 2:

Período de 01/02/04 a 31/03/04:

a) Sabão em pó Pintado (cx) – deixaram de considerar no levantamento fiscal as quantidades consignadas na nota fiscal de nº 581, relativa à entrada de 50 cx em 29/03/04;

b) Peixe salgado: não foi observada a redução da base de cálculo prevista para o produto.

Período de 01/07/04 a 30/09/04:

a) Desodorante (cx) – deixaram de considerar no levantamento fiscal as quantidades consignadas na nota fiscal de nº 43464, relativa à entrada de 300 cx;

b) Papel Higiênico (fd): não foi incluída a quantidade de 400 fds, referentes a nota fiscal 18048;

c) Esponja de aço (fd): foi computado no levantamento fiscal, quantidade de 10 fds. Relativo a NF 45199, quando o correto é 100 fds; Da mesma forma, em relação a NF 58458, que foi computado 800 fds, quando o correto é 100 fds; E também, a NF 58459, que foi computado 200 fds, quando o correto é 250 fds.

Ressalta quanto à vedação do “INOVATIO IN PEJUS”, ocorrido na informação fiscal, que alterou o valor da infração em prejuízo do recorrente, quando deveria, se fosse o caso, ter lavrado um Auto de Infração complementar. Requer a nulidade deste procedimento por constituir falta grave, além de ser inverídico, haja vista que não foram procedidas as alterações acima elencadas.

Com referência às considerações especiais, esclarece que comercializa Bacalhau em caixas de 10 e 25 Kg, por ser de natureza perecível, armazena em câmaras de resfriamento, própria e de terceiros, e que não foi considerada esta movimentação no levantamento fiscal. Ressalta que a exigência fiscal está fundamentada em presunção prevista no art. 2º, § 3º do RICMS/BA, que admite prova em contrário. Manifesta seu entendimento de que não podem ser desconsiderados os demonstrativos apresentados na defesa inicial, que demonstra a inexistência das diferenças apontadas na autuação. Requer à juntada ao PAF, de toda a documentação fiscal relativa à movimentação dos estoques para os depósitos, para provar o alegado.

Reitera o pedido formulado na defesa inicial, no sentido de que seja tratado em separado o levantamento quantitativo de estoque do estabelecimento, tendo em vista que às vezes comercializa o produto sem que tenha a mercadoria armazenada na própria loja, vindo ser transferido no dia seguinte para entrega da venda realizada. A título de exemplo, cita que no período de 01/02/04 a 31/03/04, a fiscalização apurou omissão de entrada de 334 cx de Bacalhau e no período seguinte foi apurado omissão de saída por volta de 334 cx, o que no seu entendimento comprova que a mercadoria vendida nos dias 30 e 31/03/04, foi comercializada enquanto se encontrava armazenada no depósito, só sendo transferida para o estabelecimento matriz no dia seguinte ao do fechamento da operação, o que pode ser confirmado à vista das NF 125 e 126, relativas ao retorno da mercadoria do depósito fechado no dia 01/04/04, para suprir a entrega das vendas realizadas nos dias 30 e 31/03/04. Da mesma forma, as NFs. 15718 a 15723, cujas cópias foram juntadas com a defesa original, referente ao retorno de armazenamento, ocorrido após a venda.

Para fazer prova da sua alegação, diz que encaminhou os demonstrativos analíticos de remessa e retorno de armazenagem, que requer que sejam incluídos no levantamento fiscal ou que seja considerado um período único de 01/02/04 a 30/06/04, para fins de apuração do levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias para os produtos mantidos em refrigeração.

Com relação à infração 5, diz os autuantes reconhecem a ausência das notas fiscais alegada na defesa inicial (fls. 959 e 960) e fizeram juntada de parte das cópias das notas fiscais. Preliminarmente, entende que, tendo sido os documentos obtidos junto a terceiros, deveriam ser

juntados ao processo desde o início, mas relevando este detalhe, deveriam excluir da autuação as notas fiscais abaixo relacionadas que não foram juntadas ao PAF:

Exercício de 2002: NFs 732, 822, 885, 7871,0 928, 1011, 1054, 1102, 1118, 8599, 1178, 54936, 1182, 1256, 1262, 707, 1268,1301, 1457, 563868, 563869, 563872 e 4880;

Exercício de 2003: NFs 862, 1669, 9543, 1022, 1050, 2575, 2055, 1361, 2143, 1446, 1511, 1512, 1513, 11440, 1634, 12395, 1681, 1724, 13048, 13049, 13050, 13051, 1785, 1829, 3121, 17764, 13765, 13766, 13767, 1902, 1903 e 1943.

Exercício de 2004: NFs 20989 e NF XXX (não existe numeração no demonstrativo, referente ao mês de fevereiro, emitida pela Prudencharque no valor de R\$15.750,00).

Alega que é imperativo no estado de direito, a exclusão do levantamento fiscal das notas fiscais cujas cópias não integram o PAF, tendo em vista que não reconhece a aquisição das mercadorias consignadas nas supostas notas fiscais, já que, por má fé, poderiam ter sido adquiridas por terceiros, além de impossibilitar o exercício do seu direito de defesa. Requer que sejam refeitos os demonstrativos da presente infração, excluindo da mesma as notas fiscais não integrantes do PAF.

Reitera ainda, que os autuantes incluíram no levantamento fiscal as notas fiscais de nºs. 5562, 5563, 5566, 5567, de dezembro/02 e 904, 9277, 9278, 9280 e 9294 de maio/03, que já tinham sido objeto de exigência do ICMS-ST no Auto de Infração de nº 232849.006/04-3, o que no seu entendimento constitui uma bi-tributação dos mesmos fatos geradores.

Reitera também, que não foram compensados os valores pagos a mais relativos a períodos anteriores, conforme defesa inicial.

Finaliza pedindo que seja realizada diligência à ASTEC/CONSEF, no sentido de corrigir os equívocos cometidos pela fiscalização, conforme provas e argumentos anteriormente apresentados, requerendo a procedência parcial da autuação, e o direito de provar tudo que foi alegado, por todos os meios admitidos, inclusive perícia e revisão fiscal com o arrolamento de documentos e testemunhas, na melhor forma da lei.

Esta Junta de Julgamento, determinou a realização de diligência à Infaz de origem, para que os autuantes:

- a) ajustassem os demonstrativos correspondentes às infrações 1 e 2, de acordo com as provas apresentadas na manifestação do autuado;
- b) refizesse o demonstrativo que deu suporte à infração 5, elaborando dois demonstrativos: um com inclusão somente das notas fiscais juntadas ao processo e outro com a inclusão das notas fiscais registradas no livro Diário/Rascunho apresentado pelo autuado e que não foram juntadas ao processo.

Os autuantes na nova informação fiscal prestada às fls. 1788 a 1795, afirmam que em relação às infrações 1 e 2:

- a) Período de 01/02/04 a 31/03/04 (infração 2), já tinha sido considerada a NF 581, relativa a sabão azul pintado, o que resultou em ausência de omissão deste produto, conforme demonstrativo juntado à fl. 1180 e mantém a exigência do valor de R\$11.818,81 relativo ao período de 01/02/04 a 31/03/04.

Relativo à comercialização de bacalhau dizem que a alegação do contribuinte de que deu saída das mercadorias e posteriormente efetuou transferência do seu depósito, apresenta um conflito temporal, pois é impossível dar saída de uma mercadoria cuja entrada só viria ocorrer em momento posterior. Ressalta que as vendas foram feitas pelo estabelecimento autuado e não pelo seu depósito.

Quanto à alegação do autuado de que não foi considerada a redução de base de cálculo relativo à mercadoria peixe salgado, afirmam que é desprovida de valor, por inexistência de previsão legal para tal benefício.

- b) Período de 01/07/04 a 30/09/04 (infração 2), dizem que não procede a alegação defensiva de que não foi considerado o item desodorante relativo a NF 43464, tendo em vista que no levantamento fiscal original foram computadas 200 dúzias relativas àquela NF e 204 dúzias referente a NF 45308, totalizando 404 dúzias e não há elemento material para considerar 300 caixas como quer o defendente.

Fizeram a inclusão de 400 fds de papel higiênico, remanescendo omissão de entrada de 28 fds.

Referente ao item esponja de aço, dizem que em respeito à alegação do *inovatio in pejus*, mantêm o valor original de R\$634,64 defendido pelo contribuinte, o que resulta em valor total de R\$1.132,31 do imposto exigido do período.

- c) Período de 01/10/04 a 31/12/04 (infração 1), no tocante a bacalhau de 10 e 25 kg, reconhecem que efetivamente não incluíram no levantamento fiscal as remessas e os retornos para o depósito fechado, e também os estoques inicial e final do depósito fechado. Dizem que refizeram o levantamento fiscal, fazendo a inclusão dos estoques existentes no depósito fechado, de acordo com os documentos juntados às fls. 1158 a 1159, o que resultou em omissão de saída após as correções de R\$66,22, conforme demonstrativo à fl. 1792.

Quanto à infração 5, aduzem que em atendimento à diligência determinada pelo CONSEF:

- a) refizeram o demonstrativo, fazendo a exclusão das notas fiscais que por dificuldades operacionais não foram juntadas ao processo;
- b) não excluíram do demonstrativo os valores relativos às notas fiscais 3121 e 20989, por impertinência da alegação defensiva, cujas cópias dos documentos encontram-se às fls. 1213 e 543;
- c) informam que os demonstrativos originais se encontram às fls. 237 a 240; 341 a 346 e 510 a 513, elaborados com base nas cópias das notas fiscais juntadas ao processo e do registro no livro Diário/Rascunho escriturado pelo autuado, envolvendo a movimentação financeira do período de 2000 a 2004, que foi arrecadado em 28/07/05 e devolvido em 21/12/05, conforme protocolo cuja cópia junta à fl. 1813.

Reafirmam que a ausência dos documentos não invalidam o procedimento fiscal, inclusive pela similitude da grafia do livro rascunho em discussão, cujas cópias se encontram às fls. 1227 a 1287. Quanto às datas de entradas das mercadorias, informam que não tiveram acesso aos Conhecimentos de Transportes Rodoviários de Carga (CTRC) que comprovassem a entrada efetiva no estabelecimento, tendo utilizado como referencial as datas de saídas das notas fiscais.

Questionam como o autuado pode alegar que as notas fiscais são inexistentes, tendo em vista que foram escrituradas no livro rascunho e reconheceu posteriormente como existentes as notas fiscais que foram juntadas ao processo às fls. 1185 a 1225, passando da condição de inexistente a existentes, podendo suprir a ausência dos documentos fiscais perecidos após a ocorrência de sinistro (alagamento) ocorrido nas dependências do autuado. Concluem que pode ser considerada ausentes as notas fiscais, mas não inexistentes, e tendo sido escrituradas pelo próprio impugnante, se trata de fato real e não fictício.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fls. 1814 a 1817), tendo o contribuinte se manifestado às fls. 1820 a 1829.

Inicialmente, ratifica a boa impressão técnica deixada pelos autuantes, ao retificarem com zelo os demonstrativos anteriormente elaborados, reconhecendo parte de suas alegações, contudo, faz as seguintes considerações em relação às infrações defendidas.

Infração 2 – Diz que, tendo os autuantes informado sobre o item sabão azul pintado e quanto ao item bacalhau, o produto é perecível, por isso é mantido em câmara frigorífica e levado a loja no

momento de ser entregue ao destinatário, sendo armazenado em depósito próprio e de terceiros, o que não foi considerado pelos autuantes. Reitera o pedido inicial de que seja tratado em separado este produto, que muitas vezes é comercializada sem que se tenha o produto estocado na loja e sim no depósito próprio ou de terceiros. Exemplifica que no período de 01/02/04 a 31/03/04 foi apurado omissão de entrada de 334 cx de bacalhau e no período seguinte de 01/04/04 a 30/06/04, apurada omissão de saída por volta da mesma quantidade, o que no seu entendimento pode deduzir que as mercadorias vendidas nos dias 30 e 31/03/04 se encontravam em congelamento do depósito, só sendo transferida no dia seguinte ao do fechamento da operação, conforme notas fiscais de n.ºs. 124 e 125 emitidas pelo depósito fechado em 01/04/04 e que se destinavam a suprir o estoque da matriz das mercadorias comercializadas nos dias 30/03/04 e 31/03/04. Afirma que da mesma forma, ocorreu em relação às notas fiscais de n.ºs. 15718 a 15723, juntadas à defesa inicial.

Infração 5, diz que ratifica todas as considerações apresentadas na defesa inicial (fls. 959 e 960). Afirma que as cópias das notas fiscais objeto da autuação deveriam ser juntadas ao processo no momento da autuação, e sendo relevado este detalhe, por conseguinte deve ser excluído do levantamento fiscal os documentos ausentes, conforme relação apresentada às fls. 1825 e 1826, relativas aos exercícios de 2002, 2003 e 2004, inclusive a indicada como xxx, sem número, emitida pela Prudentecharque no valor de R\$15.750,00. Reitera que se torna imperativo a exclusão das notas fiscais que não compõem o PAF, por configurar cerceamento do direito de defesa e não reconhecer a aquisição daquelas mercadorias que podem ter sido adquiridas por terceiros.

Chama a atenção sobre o que constitui prova e indício e diz que o livro Diário rascunho constitui um indício, mas não caracteriza uma infração e requer a entrega de todas as notas fiscais que constituem o demonstrativo da infração 5 ou seja refeito os demonstrativos, com a exclusão das notas fiscais não apresentadas.

Reitera o pedido para excluir da autuação, as notas fiscais de n.ºs. 5562, 5563, 5556, 5567, 904, 9277, 9278, 9280 e 9294 que foram objeto do Auto de Infração de n.º 232849.0006/04-3, para que não fique caracterizada a cobrança do imposto em duplicidade.

Por fim, pede a procedência parcial da autuação, com a revisão do levantamento quantitativo, de acordo com as provas juntadas ao processo.

Foi juntado à fl. 1832, relatório de pagamento do PAF relativo ao valor de R\$115.434,29 recolhido em 22/12/05 e R\$48.768,91, recolhido em 29/09/06, com os benefícios de Lei.

VOTO

O autuado, na defesa inicial, suscitou a nulidade da infração 5, sob o argumento de que foram incluído no levantamento fiscal notas fiscais obtidas através de terceiros, cujas cópias não integraram o PAF e não lhe foram fornecidas, cerceando o seu direito de defesa. Em relação a este argumento, acato parcialmente, somente em relação às notas fiscais que não foram acostadas ao processo, tendo em vista que após a informação fiscal, foram entregues ao autuado todas as cópias de documentos juntados ao PAF, relativo ao estabelecimento autuado, bem como, em diligência fiscal determinada por esta Junta de Julgamento, os autuantes elaboram novos demonstrativos com base nos documentos juntados ao processo, o que atende ao pleito formulado pelo impugnante, inclusive possibilitando exercer seu direito de defesa.

Indefiro o pedido de diligência por fiscal estranho ao feito e perícia, formulado pelo autuado na sua última manifestação acerca da nova informação fiscal prestada pelos autuantes, tendo em vista que as provas documentais trazidas ao processo serem suficientes para a formação da minha convicção.

No mérito, o Auto de Infração trata de dez infrações, relativas a omissões de saídas, recolhimento a menos do ICMS na importação, utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo, recolhimento a menos do imposto por antecipação, falta de recolhimento do ICMS diferença de

alíquota, falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, além da aplicação de multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Na defesa apresentada, o contribuinte reconheceu integralmente as infrações 4, 6, 7, 8, 9 e 10. Portanto, não existindo nenhuma controvérsias relativas a estas infrações, as mesmas devem ser mantidas na sua totalidade.

Com relação às infrações 1 e 2, na defesa inicial, o autuado indicou diversas inconsistências no levantamento fiscal, relativo a diversos produtos, (bacalhau, prendedor de roupa, café solúvel, pilha rayovac, sabão azul, esponja de aço e papel higiênico) tendo o autuante acatado em parte. Ao tomar conhecimento da informação fiscal, o defendente acusou novas inconsistências, tendo esta Junta determinado a realização de diligência fiscal e os autuantes procedido novos reajustes nos demonstrativos originais. O autuado ao ser cientificado da nova informação fiscal apenas se manifestou acerca da movimentação dos estoques de bacalhau.

Portanto, considero não haver controvérsias em relação aos demais produtos, inclusive relativo a papel higiênico e desodorantes e esponja de aço, que os autuantes acataram as alegação defensivas e contestaram as quantidades indicadas pelo defendente.

Relativo ao produto bacalhau, os autuantes procederam a um levantamento quantitativo de estoques relativo ao período de:

- a) 01/02/04 a 31/03/04 (fl. 60), tendo apurado omissão de entrada deste produto (item 1, infração 2);
- b) 01/04/04 a 30/06/04 (fl. 101), apuraram omissão de saídas do mesmo produto (item 2, infração 1);
- c) 01/10/04 a 31/12/04 (fl. 14), apuraram omissão de saídas do mesmo produto (item 3, infração 1).

Com relação aos dois primeiros itens, o autuado alegou que não foram incluídas no levantamento fiscal as operações remessa e retorno de armazenamento através do CFOPs 1906 e 5905, e que em alguns casos a mercadoria era comercializada sem que tivesse disponibilidade na própria empresa.

Da análise dos documentos juntados ao processo, no levantamento fiscal relativo ao período de fevereiro e março/04, foi apurada omissão de entrada de 60 cx de bacalhau de 10 kg e 326 cx de bacalhau de 25 kg, conforme demonstrativo à fl. 60 e no período de abril a junho/04, foi apurada omissão de saída de 51 cx de bacalhau de 10 kg e 378 cx de bacalhau de 25 kg, o que demonstra uma simetria. Por sua vez, conforme alegado na defesa, as cópias das notas fiscais de nºs. 125 e 126 (fls. 993/994) juntadas com a defesa indicam retorno do depósito no dia 01/04/04, de 350 cx de bacalhau de 25 kg (100 + 250) e 10 cx de bacalhau de 10 kg.

Pelo exposto, considero que embora tenha sido correto o procedimento adotado pelos autuantes, nesta situação específica, é razoável acatar a alegação defensiva de que ocorreu emissão de nota fiscal relativa à comercialização do produto bacalhau num período que foi apurado pela fiscalização e ocorreu retorno do produto do depósito fechado no dia imediatamente do período seguinte. Dessa forma, procedo à unificação dos dois períodos (fevereiro/março e abril a junho) em um só período (01/02/04 a 30/06/04) relativo ao produto bacalhau. Como a diferença apurada, resulta em omissão de entrada de 9 cx de bacalhau de 10 kg e omissão de saída de 52 cx de bacalhau de 25 kg, deve prevalecer a maior (Portaria 445/98) e considero devido o valor de R\$1.961,51 em 30/06/04, conforme demonstrativo abaixo.

Ajuste dos produtos Bacalhau de 10 e 25 Kg, no período de 01/02/04 a 31/06/04, junção do demonstrativos.									
2004	OM.ENTRADA	FL.	OM. SAÍDAS	FL.	DIF. APURADA	PRÉÇO MÉDIO	OMISSÃO SAÍDAS	ALIQ.	ICMS DEVIDO
Bacalhau 10 Kg	cx	-60,00	60	51,00	101	-9	0,00		
Bacalhau 25 Kg	cx	-326,00	60	378,00	101	52	221,89	11.538,28	17% 1.961,51

Com relação ao levantamento fiscal relativo ao período de 01/10/04 a 31/12/04, os autuantes, em atendimento à diligência determinada por esta Junta, fizeram a inclusão nos demonstrativos dos estoques (inicial e final) existentes no depósito fechado da empresa, o que resultou no

demonstrativo contido na fl. 1792 da diligência fiscal. Dessa forma, acato o mencionado demonstrativo e considero devido o valor de R\$66,22 (item 3 da infração 1).

Por tudo que foi exposto, tomo como base o demonstrativo de débito juntado pelo autuante à fl. 1796, faço os seguintes ajustes:

- I) Com base no demonstrativo analítico juntado pelo autuante à fl. 1177, do valor total de R\$8.916,90, faço a exclusão dos valores de R\$462,53 e R\$8.387,65, relativo aos itens 8 e 9 (bacalhau de 10 e 25 Kg), e em contrapartida acrescento o valor de R\$1.961,51 resultante do ajuste procedido no quadro acima, pela junção do levantamento do produto Bacalhau no período de 01/02/04 a 30/06/04;
- II) Do valor de R\$1.961,51 apurado relativo ao item bacalhau, acrescento os valores de R\$41,46; R\$9,48; R\$4,54; R\$4,54 e R\$6,70 relativo a outros produtos (amendoim, alpiste, arroz, peixe e sabão), conforme demonstrativo à fl. 1177, o que resulta em valor total devido em 30/06/04 de R\$2.028,23.
- III) Com relação ao item bacalhau, referente ao período de 01/02/04 a 31/03/04 (item 1, da infração 2), com a junção feita do período de 01/02/04 a 30/06/04, foi eliminado os valores de R\$781,63 e R\$10.825,19, respectivamente de caixas de 10 e 25 Kg, conforme demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 1180. Fica mantido os valores de R\$112,71 e R\$99,28, totalizando R\$211,79 relativo aos produtos amendoim e desodorante (fl. 1180).

Infração	Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Valor/autuante	FL.	Aliq. %	Multa %	Valor do Débito
1	31/01/04	09/02/04	1.585,65	269,56	1174	17,00	70,00	269,56
1	Valor original relativo ao período 01/04/04 a 30/06/04			8.916,60	1177			
	Exclusão do item bacalhau 10 kg			(462,53)	1177			
	Exclusão do item bacalhau 25 kg			(8.387,65)	1177			
	Inclusão/bacalhau, pela unificação (01/02/04 a 30/06/04)			1.961,51				
1	30/06/04	09/07/04	11.930,76	2.028,23		17,00	70,00	2.028,23
1	31/12/04	09/01/05	391,88	66,62	1792	17,00	70,00	66,62
Total da infração 1								2.364,41
	Valor original relativo ao período 01/02/04 a 31/03/04			11.818,61	1180			
	Exclusão do item bacalhau 10 kg			(781,63)	1180			
	Exclusão do item bacalhau 25 kg			(10.825,19)	1180			
2	31/03/04	09/04/04	1.245,82	211,79		17,00	70,00	211,79
2	30/09/04	09/10/04	6.660,65	1.132,31	1791	17,00	70,00	1.132,31
Total da infração 2								1.344,10

Com os ajustes acima descritos, considero devido o valor de R\$2.364,41 da primeira infração e R\$1.344,10 da segunda infração, conforme demonstrativo abaixo. Infrações parcialmente subsistentes.

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	FL.	Aliq. %	Multa %	Valor do Débito
31/01/04	09/02/04	1.585,65	1796	17,00	70,00	269,56
30/06/04	09/07/04	11.930,76	1796	17,00	70,00	2.028,23
31/12/04	09/01/05	391,88	1796	17,00	70,00	66,62
Total infração 1						2.364,41

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	FL.	Aliq. %	Multa %	Valor do Débito
31/03/04	09/04/04	1.245,82	1796	17,00	70,00	211,79
30/09/04	09/10/04	6.660,65	1796	17,00	70,00	1.132,31
Total infração 2						1.344,10

Em relação à infração 3, na defesa o autuado reconheceu que recolheu a menos o ICMS relativo à importação de “alpiste” e pediu que o valor exigido nesta infração seja compensado na infração

4, que reconheceu e recolheu integralmente o valor exigido, o que foi acatado pelos autuantes na informação fiscal.

Na infração 3, a empresa apurou o imposto na importação, no mês de janeiro/04, aplicando a alíquota de 10% sobre a base de cálculo, conforme demonstrativo juntado pelos autuantes à fl. 229. Já na infração 4, foi exigido imposto relativo a venda do mesmo produto, no período de janeiro a abril/04, em decorrência do contribuinte ter aplicado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00, já que o mencionado Decreto não contempla o benefício da redução da base de cálculo para aquela mercadoria.

Pelo exposto, a empresa tem direito de utilizar o crédito fiscal do ICMS que deixou de ser pago na importação de alíste (infração 3), cujo valor creditado deve ser compensado no débito gerado pelas vendas (infração 4). Como o valor do imposto exigido na infração 4, foi reconhecido e pago, concluo não que o valor devido pelo recolhimento a menos pela importação, já foi pago na operação de saída da mercadoria, exigido na sua totalidade na infração 4. Portanto deve ser dispensada a diferença exigida nesta infração. Infração insubsistente.

Na infração 5, foi exigido o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, relativo a compras interestaduais de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo sido sinistrados os documentos fiscais, os autuantes elaboraram demonstrativos com base nas notas fiscais disponíveis, coletadas junto ao CFAMT e obtidas através de circularização junto a fornecedores do contribuinte, bem como de outras notas fiscais registradas num livro Diário rascunhado em grafite que foi apresentado pelo autuado, tendo compensado do débito apurado, os valores recolhidos pelo estabelecimento no período fiscalizado.

Na defesa apresentada, o contribuinte apresentou diversos argumentos, sintetizados abaixo:

- a) foram apurados em alguns meses valores recolhidos a mais, que não foram compensados;
- b) foram incluídas as notas fiscais de n.ºs. 5562, 5563, 5566, 5567, de dezembro/02 e 904, 9277, 9278, 9280 e 9294 de maio/03, que já tinham sido objeto de exigência do ICMS-ST no Auto de Infração de n.º 232849.006/04-3,
- c) pediu a exclusão das notas fiscais que não foram juntadas ao processo;

A primeira alegação não pode ser acatada, tendo em vista que conforme esclarecido pelos autuantes na informação fiscal, o levantamento fiscal foi feito com base em documentos disponíveis e coletados, em decorrência da destruição dos documentos originais, mesmo que involuntária (enchente). O contribuinte deveria fazer a reescrituração dos seus livros fiscais e apresentar demonstrativos que evidenciasse os valores por ele apurados e recolhidos. Como isso não ocorreu, os valores mensais que porventura tenham sido pagos a mais, se comprovado, deve ser objeto de pedido de restituição, não podendo ser compensado nesta fase processual, dos valores mensais recolhido a menos que foram apurados pela fiscalização.

No tocante à segunda alegação defensiva, não pode ser acatada, haja vista que, em primeiro lugar, o impugnante não juntou com a defesa à cópia do Auto de Infração de n.º 232849.006/04-3 e os demonstrativos correspondentes para comprovar que já tinha sido exigido o imposto relativo às notas fiscais de n.ºs. 5562, 5563, 5566 e 5567 relativo ao mês de dezembro/02 e notas fiscais de n.ºs. 904, 9277, 9278, 9280 e 9294 de maio/03. Em segundo lugar, verifico que nos demonstrativos elaborados pelos autuantes (fls. 240 e 342), cujas cópias foram fornecidas ao autuado (fl. 240 e 346), foi apurado naqueles meses, valor do imposto recolhido em montante maior que o apurado. Logo, não tendo sido exigido imposto substituto neste Auto de Infração, relativos aos meses de 12/02 e 05/03, não há do que se falar de que a inclusão das aludidas notas fiscais resultaram em cobrança do imposto exigido em duplicidade.

Relativamente à terceira alegação, conforme explicado anteriormente, na apuração do ICMS por antecipação, os autuantes incluíram os valores consignados em notas fiscais apresentadas pelo

contribuinte, coletadas no sistema CFAMT e também notas fiscais cujos pagamentos foram registrados no livro Diário/rascunho, o qual foi entregue à fiscalização pelo próprio autuado. Na defesa apresentada o autuado alegou que deveria ser excluído da autuação todas as notas fiscais que não foram juntadas ao PAF, por não reconhecer as aquisições das mercadorias.

Ainda em relação à terceira alegação, conforme acima discorrido, nesta situação, entendo que o contribuinte tendo extraviado seus livros e documentos, mesmo que involuntariamente, deveria refazer sua escrituração para comprovar que os impostos foram recolhidos corretamente no período considerado. Como isso não ocorreu, ele forneceu à fiscalização em 28/07/05, conforme documento juntado pelos autuantes à fl. 1813, cópia rascunho do livro Diário, cujas cópias foram acostadas às fls. 622 a 707. Considerando que o livro rascunho apresentado pelo contribuinte deve corresponder efetivamente às operações praticadas pelo estabelecimento autuado, a fiscalização procedeu a um levantamento das operações de compras e apurou o ICMS substituto, tendo deduzido os valores recolhidos no período fiscalizado. Dessa forma, não é razoável acatar a tese do autuado de que não adquiriu as mercadorias, cujas notas fiscais foram registradas no seu livro Diário rascunho. Entendo que o mencionado livro, mesmo não sendo o livro oficial da empresa, constitui de fato um levantamento administrativo feito pelo próprio estabelecimento autuado e caberia a ele provar que não se trata de operações reais.

Não obstante isso, a apuração do ICMS substituto feita pelos autuantes com relação às notas fiscais que não foram juntadas ao processo, com base em valores escriturados apenas no livro, gera incerteza quanto ao tipo das mercadorias consignadas nas notas fiscais, até mesmo se efetivamente são mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ou mesmo sendo, se adquiridas em estabelecimento industrial ou comercial, o que implica na aplicação de Margem de Valor Agregado (MVA) diferentes, bem como há incerteza também, quanto ao valor do crédito fiscal destacado nas notas fiscais e que foram atribuídos no cálculo do imposto substituto. Tudo isso, dificulta o exercício do direito de defesa por parte do contribuinte.

Dessa forma, acato o pedido de nulidade suscitado pelo autuado, quanto ao ICMS substituto exigido nesta infração, relativo às notas fiscais não juntadas ao PAF.

Nesta situação, a fiscalização poderia fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, não sendo possível apurar o montante real da base de cálculo, em decorrência da não apresentação dos livros e documentos fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que estejam devidamente escriturados, sob alegação de perda, extravio, desaparecimento ou sinistro dos mesmos.

Como isso não ocorreu, recomendo à autoridade fazendária para providenciar a renovação do procedimento fiscal, no sentido de coletar cópia das notas fiscais não acostadas ao processo, junto aos fornecedores, para apurar o ICMS substituto por acaso devido.

Com relação à nota fiscal de nº 20989, que o contribuinte alegou não existir (fl. 1826), constato que o autuante já havia informado na diligência fiscal, cuja cópia foi entregue ao autuado mediante intimação, que a referida cópia da nota fiscal se encontra à fl. 543 do processo, devendo ser mantida no demonstrativo à fl. 1810.

Relativo à nota fiscal relacionada pelo autuante no demonstrativo à fl. 511, com valor de R\$15.750,00 que o contribuinte alegou não existir (fl. 1826), verifico que o autuante excluiu este valor no demonstrativo refeito que foi acostado à fl. 1810. Da mesma forma foram excluídos nos Anexos 3 e 4 (fls. 1799 a 1807), as demais notas fiscais referentes aos exercícios de 2003 e 2004, que foram relacionadas na manifestação às fls. 1825 e 1826, o que atende ao pleito formulado pelo autuado.

Pelo exposto, acolho em parte a alegação defensiva e acato o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes às fls. 1796 e 1797, com suporte no levantamento fiscal cujas cópias foram juntadas por eles às fls. 1799 a 1812 e julgo parcialmente procedente a infração 5, com valor devido de R\$91.568,12, conforme demonstrativo consolidado abaixo.

Data Ocorr	Data Vencto	Base de Cálculo	FL.	Aliq. %	Multa %	Valor do Débito
31/01/04	09/02/04	54.266,82	1796	17,00	70,00	9.225,36
28/02/04	09/07/04	12.982,59	1796	17,00	70,00	2.207,04
31/03/04	09/01/05	176,59	1796	17,00	70,00	30,02
30/08/04	09/04/04	13.482,88	1796	17,00	70,00	2.292,09
30/09/02	09/10/04	15.531,94	1797	17,00	70,00	2.640,43
30/10/02	09/10/04	26.662,88	1797	17,00	70,00	4.532,69
30/04/03	09/10/04	2.688,71	1797	17,00	70,00	457,08
31/07/03	09/10/04	97.883,18	1797	17,00	70,00	16.640,14
31/08/03	09/10/04	48.491,00	1797	17,00	70,00	8.243,47
30/09/03	09/10/04	97.189,94	1797	17,00	70,00	16.522,29
31/10/03	09/10/04	34.873,59	1797	17,00	70,00	5.928,51
30/11/03	09/10/04	134.405,88	1797	17,00	70,00	22.849,00
Total infração 5						91.568,12

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

Infração	Situação	ICMS	Multa R\$
1	Procedente em parte	2.364,41	
2	Procedente em parte	1.344,10	
3	Improcedente		
4	Procedente	1.959,70	
5	Procedente em parte	91.568,12	
6	Procedente	1.151,10	
7	Procedente		50,00
8	Procedente	928,70	
9	Procedente	29,93	
10	Procedente	2,00	
Total		99.348,06	50,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº 206911.0002/05-7, lavrado contra **SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$99.348,06** acrescido das multas de 60% sobre R\$94.680,92 e 70% sobre R\$4.667,14 previstas no art. 42, II, “a”, “d”, e “f” III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de **R\$50,00** prevista no art. 42, XXII da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de fevereiro de 2007.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR