

A. I. Nº - 206766.0012/07-5
AUTUADO - PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - URBANO FERRAZ SANTOS
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 06.05.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0087-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO 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. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infrações caracterizadas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS NAS ESCRITAS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se diferenças das quantidades de entradas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. c) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS FALTA DE EMISSÃO DO DOCUMENTO FISCAL EXIGÍVEL. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Contribuinte não se pronunciou. 4). LIVRO FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração não contestada. Rejeitada a nulidade argüida e não acatado o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/06/2007, reclama o valor de R\$ 105.909,25, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de frango, peito de frango, coxa e sobre-coxa, mercadorias provenientes de outra unidade da Federação, relacionadas no Anexo 88. Sendo exigido o valor R\$ 50.502,50 e aplicada a multa de 60%.
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de açúcar, mercadoria proveniente de outra unidade da Federação, relacionada no Anexo 88. Sendo exigido o valor R\$ 5.949,64 e aplicada a multa de 60%.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicado a multa de 10% do valor comercial das mercadorias, exigindo-se o valor de R\$ 9.793,28.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicado a multa de 1% do valor comercial das mercadorias, exigindo-se o valor de R\$ 398,66.
5. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, 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, também não contabilizadas. Exercício fechado-2005. Sendo exigido o valor de R\$ 23.815,66 e aplicada a multa de 70%.
6. Omitiu a saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias. Exercício fechado – 2005. Sendo aplicado a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ 50,00.
7. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis. Referente ao exercício de 2006. Sendo exigido o valor de R\$ 15.309,51 e aplicada a multa de 70%.
8. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Sendo aplicada a multa, por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 90,00.

O autuado apresenta defesa, fls. 435 a 440, fala do bom relacionamento mantido entre ele e o fisco e que não obstante este aspecto irá demonstrar equívocos existentes nos trabalhos fiscais, porque acarretaram a cobrança indevida do imposto ora em análise.

Alega que na infração 01 a apuração do ICMS por antecipação calculada por pauta fiscal referente aquisição de coxa e sobre-coxa, não corresponde à realidade de mercado em relação ao preço por ele praticado.

Diz que o RICMS-BA atribui valores fixados que servem de base de cálculo do imposto, todavia tais valores estão distorcidos se comparados aos de mercado.

Discorre sobre a crise no mercado de frango. Aduz que na aquisição do produto coxa, na nota fiscal de nº 179299 de 18/03/06, o valor por quilo de aquisição é de R\$ 1,50, em contrapartida, o valor de base de cálculo pautado pela SEFAZ-BA é de R\$ 3,00, enquanto a “MVA estabelecida pelo Anexo 88 é de 17%”.

Salienta que tendo em vista que a pauta do estado está bem acima do valor praticado pelo mercado, o ICMS da compra de R\$ 0,11 que representa a dedução do ICMS para o contribuinte, fica bem abaixo do valor fixado pelo pauta (R\$ 1,50 x 7%).

Pleiteia que o crédito do imposto se dê pelo expurgo da MVA de 17% sobre o valor da pauta fiscal de R\$ 3,00, representado pelo seguinte cálculo: $3,00 / 1,17 = R\$ 2,56$, sendo assim o valor do imposto

a ser deduzido será o resultado de R\$ 2,56 x 7% =0,18.

Afirma que se não for aceito o cálculo do item anterior pela MVA, o valor da pauta fiscal atribuída pela SEFAZ ficará bem diferente do valor praticado no mercado, que em termos percentuais representa uma distorção em mais de 100%.

Em relação à infração 04 cita que o autuante pretende cobrar imposto de notas fiscais sem obrigatoriedade de sua escrituração no livro Registro de Entradas. Transcreve o art. 322, do RICMS/97, que fala da escrituração do referido livro.

Argumenta que o dispositivo citado “dispensa a escrituração quando os bens são adquiridos a preço CIF. Fala que houve um tratamento adverso quando se observa o item em que na condição de tomador de serviço tributado pelo ISS, adquire jogos de notas fiscais em formulários contínuos, cuja operação é acobertada por simples remessa, emitida pelo prestador do serviço, nota fiscal nº 07130, de 10/02/2005, emitida pela EGBF Formulários Contínuos. Expõe que o mesmo ocorre na aquisição de embalagens referentes às notas fiscais nº 51480, de 26-04-2005 e nº 056879, de 13/10/2005, e que o fornecedor Aluminic sempre emite duas notas fiscais, sendo que uma é simples remessa, como no caso das notas citadas, segundo ele.

Afirma que nas infrações 05 e 07 a omissão de entrada bem como a de saída, ocorreram por conta de a autuada fracionar itens de mercadorias. Diz que essa prática é comum no segmento de atacadista. Cita como exemplo a compra de cereais com unidade de 60 quilos e fracionada para 02 quantidades de 30 quilos. Assevera que somente a figura de um revisor poderá observar tal fato para enfim constatar a não existência das supostas omissões.

Profere que o cálculo do preço médio da farinha láctea está acima do valor praticado. Narra que o preço atribuído na planilha do autuante, do dia 02/06/2006, referente à nota fiscal nº 43913, foi praticado para uma embalagem de 24x400 e a quantidade de omissão encontrada pelo fisco foi fracionada em 4x400. Exprime que tal fato pode ser constatado se for observado o seu preço de venda.

Enfatiza que outra divergência pode ser observada quando o autuante demonstra no seu relatório do ano 2005, 754 fardos do produto feijão da roça de 30 kg e 249 fardos de feijão extra TP 1, também, de 30 kg, cód 1026. (planilha fl. 287, referente nf. 10264).

Salienta que o preposto fiscal incluiu a nota fiscal nº 16.887 de 01-04-2005, na infração 03 e no levantamento quantitativo de estoque.

Aduz que ainda em relação ao feijão, durante o período de apuração, o mesmo encontrava-se com a base de cálculo reduzida em 100%, como previsto no art. 78, “a”, do RICMS-BA e o autuante atribuiu a alíquota de 7%.

Sustenta que a mesma divergência se repete quando em seu demonstrativo de contagem de estoque do ano de 2005, o autuante atribui a alíquota de 17% para o produto charque quando o correto seria 7%, citando o aludido RICMS-BA, art. 87, XXXI, que transcreve. Afirma, ainda, que divergências na aplicação de alíquota do ICMS, permanecem quando o autuante em sua planilha de omissão atribui a alíquota de 17% para diversos produtos. Diz que é beneficiário da redução da base de cálculo do ICMS, prevista no Decreto 7.799/2000, cuja carga tributária efetiva resulta em 10%.

Enfatiza que, no caso de novos elementos serem trazidos a este PAF, pelo autuante ou por qualquer outro funcionário fiscal, em momento superveniente à apresentação da presente peça de caráter defensivo, far-se-á necessário, então, renovação do prazo de defesa.

Conclui os seus argumentos requerendo a realização de diligência e o direito de provar tudo quanto alegado, por todos os meios para exercer o seu pleno direito de defesa e do contraditório. Pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante presta sua informação fiscal, fls. 446 a 450 e passa a apresentar as seguintes

considerações:

Alega que confirma os procedimentos por ele adotados no cálculo para encontrar a base de cálculo do ICMS reclamado na infração 01. Informa que foram cumpridas todas as exigências regulamentares, sendo utilizado os preços constantes das pautas fiscais do frango inteiro, peito, coxa, e sobre coxa de frangos, fixadas pela SEFAZ, de acordo com a IN 43/2004, demonstrativos e cópias das notas fiscais fls. 29 a 39.

Aduz que em relação a infração 02, a defendant não apresenta qualquer prova contrária aos procedimentos por ele utilizados na apuração do ICMS da Substituição Tributária, na entrada de açúcar adquirido através das notas fiscais sem registro, conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais às fls. 40 a 46.

Salienta que o autuado invoca o disposto no Art. 322 do RICMS/BA, na tentativa de desqualificar a penalidade de 1% sobre a falta de registro de algumas notas fiscais de entradas referentes à infração 04 sob a alegação de se tratar de simples remessa. Argumenta que a autuação se deu porque o autuado não cumpriu a obrigação acessória do registro das notas fiscais conforme demonstrativo e cópias das notas fiscais à fl. 78.

Registra quanto à infração 05, que não procedem as alegações do autuado quando diz que as omissões de entrada e saída, originaram-se por conta de fracionar itens de mercadorias, afirmando ser uma prática comum no segmento de atacadista. Cita como exemplo compra de cereais com unidade de 60 quilos e fracionada para 02 quantidades de 30 quilos, sem, contudo, apresentar novo demonstrativo de levantamento quantitativo de estoque e nem cópia de qualquer documento fiscal que prove tal alegação para os exercícios de 2005 e 2006.

Observa que não procede também, a alegação do autuado quando diz que o cálculo do preço médio da Farinha Láctea está acima do valor praticado tendo em vista que o preço atribuído na planilha do dia 02/06/2006 referente à nota fiscal nº 43913 foi praticado para uma embalagem de 24x400 e a quantidade de omissão encontrada foi fracionada em 4x400, tal fato pode ser constatado se for observado o preço de venda da autuada, como pode ser verificado na cópia do livro de Registro de Inventário do exercício de 2004 que serviu como valores e quantidades para o estoque inicial do exercício de 2005, as fls. 388.

Argui que a Cx. de Farinha Láctea Nestlé de 24x400, objeto do questionamento, apresenta um valor unitário de R\$ 35,36 e uma quantidade em estoque de 199,000. Afirma que caso considerasse as saídas totais de 747,000 apresentadas no demonstrativo de saídas como sendo embalagem de 4x400 e não 24x400 como alega o autuado, teria uma saída efetiva de 124,500 caixas de Farinha Láctea, considerando-se a quantidade das entradas de 320,000 caixas + 199,000 do Estoque Inicial = 519,000 de saídas reais - 124,500 de saídas com notas fiscais, teria uma omissão de saídas igual a 394,500. Diz que, no entanto, o autuado também neste caso não apresenta qualquer demonstrativo novo de levantamento quantitativo e nem cópias dos documentos fiscais que comprovem sua tese.

Assevera que o contribuinte diz que as omissões de entradas dos 754 fardos de Feijão da roça de 30 kg e os 249 de feijão extra TP 1 30 kg, já haviam sido cobrados através da Infração 03, penalidade de 10%, pela falta de registro da nota fiscal nº 16.887 de 01/04/2005. Diz ainda que observando no documento fiscal à fl. 58, o produto ali descrito trata-se de Feijão Carioca fardos de 60 kg, diferente dos produtos citados pelo autuado. Argumenta que ainda que fosse do mesmo produto, o que se cobra na Infração 05 é um imposto devido pelo descumprimento da obrigação principal e a penalidade cobrada na Infração 03 é devida pelo descumprimento de uma obrigação acessória.

Afirma que o autuado cita que em relação ao feijão mencionado no item anterior, no período de apuração o mesmo encontrava-se amparado com redução da base de cálculo em 100%, prevista no Art. 78-A do RICMS-BA, e que o autuante aplicou a alíquota do ICMS em 7%.

Pontua, que o Artigo 78-A foi acrescentado pela Alteração 71 (Decreto 9733, de 21/12/2005, efeitos

a partir de 22/12/2005), e no Levantamento Quantitativo de Estoque do exercício de 2005, houve omissão de entradas de feijão nas quantidades constantes do demonstrativo à fl. 236, o que presume que o autuado efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Frisa que no mesmo período, observando o demonstrativo das saídas do Feijão às fls. 253 e 254 constata que a movimentação se deu até o mês 10/2005 para o Feijão da Roça 30 kg e até 11/2005 para o Feijão Extra TP1 30 kg. Portanto, antes da vigência do Art. 78-A, época em que não havia redução de base de cálculo, conclui. Diz que o autuado alega que a mesma divergência se repete em relação aos charques cobrados no levantamento quantitativo de estoque do exercício de 2005, com a alíquota de 17% ao invés de 7% determinada pelo Art. 87, inciso XXXI, do RICMS/97.

Garante que neste caso também o inciso XXXI, do Art. 87, foi acrescentado pela Alteração 71 (Decreto 9.733, de 21/12/2005, efeitos a partir de 22/12/2005), e como pode ser observado no demonstrativo de saídas às fls. 254 a 256, estes produtos também tiveram saídas até no máximo o mês de 10/2005, e a diferença apontada no demonstrativo de estoque à fl. 236 foi de omissão de entradas, o que também se depreende que, as mesmas foram pagas com recursos provenientes da omissão de saídas anteriores não contabilizadas.

Esclarece que a fim de solucionar tal situação fica alterada a data do lançamento do ICMS cobrado na Infração 05, nas omissões do Feijão e dos Charques, no valor total de R\$ 5.092,03 para 30/11/2005 e alterado o valor cobrado nas omissões dos demais produtos lançados em 31/12/2005 para R\$ 18.723,63, permanecendo o valor cobrado de R\$ 23.815,66, porém com as datas citadas, conforme novo demonstrativo anexo à presente informação fiscal, cuja cópia será fornecida ao autuado e reaberto prazo de defesa, para que querendo se manifeste.

Finaliza dizendo que o autuado alega, ainda, erro na aplicação da alíquota do ICMS nas omissões detectadas nos demonstrativos de estoque à alíquota de 17% para os diversos produtos, invocando ter celebrado termo de acordo com o Estado para usufruir do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, concedido pelo Decreto 7.799/2000, para os atacadistas, cuja carga tributária efetiva resulta em 10%.

Sustenta que o autuado esqueceu de verificar que o benefício concedido pelo referido decreto 7.799/00 é apenas para as operações regularmente escrituradas. Não podendo ser concedido o referido benefício na cobrança do ICMS apontado nas infrações 05 e 07.

Conclui dizendo que em razão do exposto e das provas por ele juntadas ao processo e considerando que o autuado não apresenta nenhuma prova em contrário, pede que o Auto de Infração seja julgado procedente.

VOTO

Inicialmente, rejeito a nulidade suscitada pelo autuado, vez que a infração foi descrita de forma satisfatória, sendo acompanhada de levantamento fiscal, com a indicação dos dispositivos infringidos, o contribuinte apresentou sua impugnação aos fatos narrados, não havendo nenhum cerceamento do seu direito de defesa ou prejuízo ao princípio do contraditório. Consta dos autos a comprovação de entrega da informação fiscal do autuante juntamente com seus demonstrativos alterando datas de levantamentos por ele realizados, com reabertura de prazo de 10 dias para pronunciamento (fl. 460). Além do mais, a nulidade suscitada não se enquadra nas situações previstas no art. 18, do RPAF-BA.

Da análise dos elementos constantes dos autos, verifico que em momento algum o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento fiscal das infrações imputadas.

Deixo de acatar o pedido de diligência formulado, tendo em vista que conforme disposto no art.

147 do RPAF/BA, a mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. No presente caso, o autuado recebeu cópias das notas fiscais e dos relatórios referentes aos levantamentos realizados pelo autuante (fl. 428) e não trouxe nenhum demonstrativo de prova contrária aos acostados no PAF que fundamentasse o pedido de diligência. Limitou-se na defesa a descrever uma série de alegações sem, contudo, colacionar aos autos levantamento ou outros elementos comprovando a existência das divergências relatadas.

Constatei, ainda, que o autuante forneceu cópia de sua informação fiscal e de demonstrativos, fls. 446 a 452, indicando o período de levantamento de janeiro a novembro de 2005, que tinha apontado em demonstrativo anterior, como sendo o termo final o mês de dezembro, sem modificação de outros dados e valores. Sendo concedido o prazo de 10 dias para pronunciamento (fl. 460) e o contribuinte não se manifestou.

Deixo de me pronunciar em relação às infrações 02, 06 e 08 tendo em vista que não foram impugnadas pelo autuado em sua contestação, portanto, considero subsistentes essas infrações. Ademais, em sua defesa contestou expressamente as infrações 01, 03, 04, 05 e 07 que passo a examiná-las quanto ao mérito.

Em relação à infração 01 analisando as notas fiscais anexas ao processo (fls. 31 a 46), verifico que as mercadorias nelas relacionadas referem-se a produtos comestíveis resultantes do abate de aves, a exemplo de coxa, sobre-coxa, peito, congelados e resfriados, provenientes de outras unidades da Federação, adquiridos sem pagamento do ICMS por substituição tributária, pois não existe no processo comprovante de pagamento do imposto correspondente.

Como não há convênio nem protocolo com os estados remetentes das referidas mercadorias, o autuante, corretamente, tomando por referência as aludidas notas fiscais elaborou demonstrativos (fls. 29 e 30) e com base na Instrução Normativa 43/2004 aplicou a pauta fiscal nela prevista para cada produto correspondente e apurou o imposto por substituição tributária.

O contribuinte protestou contra a pauta fiscal, dizendo que os valores nela previstos estão bem acima do valor de mercado. Apresentou uma série de cálculos e no final sugeriu uma nova fórmula para se apurar o imposto. A sugestão apresentada não pode ser acatada, uma vez que o imposto foi lançado de acordo com a referida I.N. nº 43/04 e o disposto no art. 61 do RICMS/97.

Alegou que foi exigido o imposto decorrente de levantamento quantitativo de estoque em relação à infração de nº 03, sem juntar provas ao processo.

Investigando as notas fiscais (fls. 31 a 89) acostadas aos autos e os livros Registros de Entradas (fls. 113 a 235) constatei que o sujeito passivo deu entrada em seu estabelecimento de diversas mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, razão pela qual o autuante aplicou corretamente a multa de 10% do valor comercial das mercadorias, por descumprimento de obrigação acessória. Infração não elidida.

Quanto a alegação de que “em relação à nota fiscal 16.887, de 01/04/2005, o autuante aplicou a cobrança de duas bases de cálculos”, não faz qualquer sentido. No levantamento quantitativo de estoque realizado que resultou no cometimento da infração 05, só foram incluídos os produtos “feijão da roça” e “feijão extra”. O produto constante da nota fiscal mencionada é “feijão carioca”, não incluído no referido levantamento. O documento em comento não serviu de base de cálculo para lançar imposto. Sobre o seu valor só se exigiu a multa de 10%, por descumprimento de obrigação acessória, pela falta de seu registro no livro Registro de Entradas, lançada, apenas, na infração 03.

A infração 04, refere-se a entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

A simples alegação de que não realizou os registros das notas fiscais porque adquiriu algumas mercadorias a preço CIF e por entender que o documento de aquisição de jogos de notas fiscais

em formulários contínuos não o obrigaria a fazer tal registro e por último porque as notas fiscais nºs 51480 e 56879, constantes da referida relação referem-se a simples remessa, não o desoneram do cumprimento da obrigação acessória de registrar as notas fiscais nos livros próprios. Com suas alegações, o sujeito passivo só confirmou que não registrou os referidos documentos fiscais.

Analizando os livros Registro de Entradas (fls. 113 a 235) observei que não constam dos mesmos qualquer registro das notas fiscais acostadas ao processo constantes da relação à fl. 78. Restou comprovado o cometimento da infração. Por isso está correta a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória, visto que a Lei nº 7.014 do ICMS/96, determina que a entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, de mercadoria não tributável, deve ser aplicada a multa de 1% do valor comercial das mercadorias. Portanto está correto o procedimento do autuante. Infração mantida.

No caso das infrações 05 e 07 o sujeito passivo foi acusado de falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças de entradas na primeira infração e de saídas no caso da segunda, por representarem maiores expressões monetárias, apuradas nos exercícios fechados de 2005 e 2006 respectivamente. Referidas infrações decorreram de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, exercícios fechados, como foi dito.

A falta de recolhimento do imposto no exercício de 2005 ocorreu com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente, também não contabilizadas.

Já no exercício de 2006, a que se refere a infração 07, a falta de recolhimento do imposto se deu em razão das saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração que decorreu do registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas.

O contribuinte apenas argumentou que as omissões de entradas e saídas decorreram por conta de fracionamento de itens de mercadorias, dando como exemplo a compra de cereais com 60 quilos que fracionou para duas unidades de 30 kg., sem contudo, demonstrar no processo a ocorrência dessa especificidade.

Reclamou que o preço da farinha láctea está acima do valor praticado, porque o preço atribuído pelo autuante com base na Nota fiscal 43913 foi praticado para uma embalagem de 24x400 e que a quantidade de omissão encontrada pelo fisco foi fracionada em 4x400, e que tal fato pode ser constatado no seu preço de vendas.

O autuante demonstrou, no que concordo, que não procede a alegação da empresa que o cálculo do preço médio da Farinha Láctea está acima do valor praticado, tendo em vista que o preço atribuído na planilha do dia 02/06/2006 referente à nota fiscal nº 43913 foi praticado para uma embalagem de 24x400 e a quantidade de omissão encontrada foi fracionada em 4x400. Tal fato pode ser constatado se for observado o preço de venda da autuada, como pode ser verificado na cópia do livro de Registro de Inventário do exercício de 2004 que serviu como valores e quantidades para o estoque inicial do exercício de 2005, à fl. 388.

Argúi que caixa de Farinha Láctea Nestlé de 24x400, objeto do questionamento, apresenta um valor unitário de R\$ 35,36 e uma quantidade em estoque de 199,000. Afirma que caso considerasse as saídas totais de 747,000 apresentadas no demonstrativo de saídas como sendo embalagem de 4x400 e não 24x400 como alega o autuado, teria uma saída efetiva de 124,500 caixas de Farinha Láctea, considerando-se a quantidade das entradas de 320,000 caixas + 199,000 do Estoque Inicial = 519,000 de saídas reais - 124,500 de saídas com notas fiscais, teria uma omissão de saídas igual a 394,500.

Examinando as peças processuais, vejo que o sujeito passivo não anexou elementos que fundamentassem as suas alegações. Concordo com o autuante quando diz que, neste caso o

autuado não apresenta qualquer demonstrativo novo de levantamento quantitativo e nem cópias dos documentos fiscais que comprovem sua tese de defesa.

Argumentou que há divergência de 754 fardos do produto feijão da roça 30 kg e 249 fardos de feijão extra TP 1 CÓD. 1026 e que já haviam sido cobrados na infração 03, pela falta de registro da nota fiscal nº 16.887, de 01/04/2005. Este argumento não tem qualquer fundamento, como mostrarei a seguir. É incompatível também, a alegação de que foram consideradas duas bases de cálculos para o mesmo fato gerador, uma vez que a referida nota fiscal nº 16.887 registra fardos de 60 kg do produto feijão carioca, que não consta do levantamento quantitativo de estoque, e a infração 03, trata de descumprimento de obrigação acessória, pela falta de registro do referido documento fiscal no livro próprio, não guardando qualquer correlação com as infrações 05 e 07.

O contribuinte citou que em relação ao feijão mencionado no item anterior, no período de apuração o mesmo encontrava-se amparado com redução da base de cálculo em 100%, prevista no Art. 78-A do RICMS-BA, e que o autuante aplicou a alíquota do ICMS em 7%.

O autuante informou que o Artigo 78-A foi acrescentado pela Alteração 71 (Decreto 9.733, de 21/12/2005, efeitos a partir de 22/12/2005), e no Levantamento Quantitativo de Estoque do exercício de 2005, houve omissão de entradas de feijão nas quantidades constantes do demonstrativo à fl. 236. Disse que no mesmo período, observando o demonstrativo das saídas do Feijão às fls. 253 e 254 ficou constatado que a movimentação se deu até o mês 10/2005 para o Feijão da Roça 30 kg e até 11/2005 para o Feijão Extra TP 1 30 kg. Portanto, antes da vigência do Art. 78-A, época em que não havia redução de base de cálculo.

O autuante, no sentido de esclarecer ao autuado o ocorrido, reproduziu os levantamentos de conhecimento do autuado, informando que o período de levantamento do produto feijão da roça de 30 kg. se deu até 10/2005 e o do Feijão extra de 30 kg. até 11/2005, época que não havia redução de base de cálculo.

Observo que nos demonstrativos de levantamento quantitativo de estoque que fundamentaram a autuação, como se trata de exercício fechado, registrou-se como período levantado o primeiro dia do mês de janeiro e como termo final o dia 31 de dezembro de cada exercício. O referido demonstrativo informou apenas a data do levantamento no período acima considerado, identificando a existência de movimentação das mercadorias até 30/11/2005, sem alterar quantidades, mantendo os mesmos valores das infrações.

O mesmo se verificou em relação ao charque. A fim de deixar claro o ocorrido, evidenciou a data de lançamento do ICMS cobrado na infração 05, nas omissões do feijão e do charque, no valor total de R\$ 5.092,03 para 30/11/2005, permanecendo o valor cobrado nas omissões dos demais produtos lançado em 31/12/2005 para R\$ 18.723,63, permanecendo inalterado o valor exigido de R\$ 23.815,66, evidenciando, apenas, as datas mencionadas.

O contribuinte recebeu cópia dos novos demonstrativos alterando as datas, lhe foi dado um prazo de 10 dias para manifestação e não se pronunciou.

Ficou demonstrado que o Art. 78-A do RICMS/97 que reduziu a base de cálculo do feijão em 100%, acrescentado pela alteração 71, Decreto 9.733, de 21/12/2005 teve seus efeitos a partir de 22/12/2005, após a data do levantamento realizado, considerando a apresentação das novas datas de outubro e novembro de 2005. Antes não havia redução de base de cálculo. Do mesmo modo em relação ao charque, em que o inciso XXXI do art. 87 foi acrescentado pela alteração 71, alterando a alíquota para 7%. Como esses produtos só tiveram saídas até outubro de 2005, está correta a alíquota aplicada de 17%.

Pelo exposto, e como nenhuma prova foi trazida ao processo, ressalto que conforme o disposto no art. 123 do RPAF/99-BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver referentes às suas alegações e como nada foi apresentado, constitui mera

negativa de cometimento das infrações, o que à luz do art. 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Pelo que concluo que não foram apresentadas as provas suficientes para elidir as infrações, devendo ser mantido em sua totalidade o valor lançado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206766.0012/07-5, lavrado contra **PRONTO DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 95.577,31, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 56.452,14 e de 70% sobre R\$ 39.125,17, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$ 10.331,94, previstas nos incisos IX, XI, XX alínea “a” e XXII, dos mesmos artigo e lei citados, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA