

A. I. Nº - 110427.0023/07-5
AUTUADO - MOURA COMÉRCIO DE CACAU LTDA.
AUTUANTE - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAC ITABUNA
INTERNET - 27.11.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0353-04/08

EMENTA: ICMS. 1. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. CACAU EM AMÊNDOAS. Restou comprovado que parte das notas fiscais circularizadas foram canceladas. Feito os cálculos, com redução do débito. Infração elidida em parte. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. **b)** MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. Documentos acostados aos autos comprovam que o débito exigido neste lançamento já tinha sido objeto de outra ação fiscal. Infração insubsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 06/12/07, exige ICMS no valor de R\$37.350,08 acrescido das multas de 60% e 70%, relativo às seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Consta, na descrição dos fatos, que refere-se a saídas de mercadorias (cacau em amêndoas) com deferimento indevido do imposto, cujas mercadorias não ingressaram nos estabelecimentos indicados como destinatários nos respectivos documentos fiscais, beneficiários do mencionado regime, ficando comprovado que tiveram destinação diferente, ou seja, vendidos para contribuintes não habilitados, sem pagamento do imposto, conforme comprovantes de cartas de circularização enviadas aos destinatários das mercadorias, de acordo com o Anexo II - R\$18.062,16.
2. Falta de recolhimento do ICMS relativo à operação de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$3.549,11.
3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao 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 mercadoria, em exercício em aberto – R\$15.738,81.

O autuado na sua defesa às fls. 47 a 51, inicialmente discorre sobre as infrações e requer a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não foi atendido o disposto no art. 46 do RPAF/BA, que transcreveu, afirmando que não lhe foi entregue os documentos de prova que nortearam a acusação de que adquiriu mercadorias sem documentação fiscal, bem como ausência no processo de documentos que lastrearam o levantamento fiscal.

Argumenta que a falta de entrega de todas as cópias das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante, impediu que ele verificasse junto aos fornecedores emitentes, a veracidade das transações comerciais e sua autoria. Requer nulidade do ato de lançamento de ofício por cerceamento do direito de defesa (art. 18 do RPAF/BA).

Suscitou a nulidade, também, sob alegação de que a ciência da autuação foi feita por não representante da empresa, visto que a pessoa que assinou não é procurador, nem funcionário do estabelecimento autuado, não tendo sido entregue os documentos que instruíram a autuação. Requer a nulidade, visto que ficou impossibilitando de formular sua defesa e se corrigida as falhas, que seja reaberto o seu prazo de defesa.

No mérito, afirma que o levantamento quantitativo foi feito “sem anexar ou apontar documentos que lhe respaldou a prática do ato fiscalizador”.

Em seguida, discorre sobre lançamento que não corresponde às infrações constantes deste Auto de Infração, afirmando que “... não tenha ocorrido entrada ... nas fls. 01 e 02 do Auto de Infração relativos aos exercícios de 2002 e 2003, como aponta a Autuante”; que “... a Autuada é Arrendante do estabelecimento comercial denominado POSTO LORENA... os equipamentos de medição, bombas, encerrantes...”; Requer diligência ou perícia “... nas bombas e equipamentos...”.

Por fim, requer nulidade por cerceamento do direito de defesa; diligência/perícia nas “bombas de combustíveis” e caso ultrapassado, “improcedente o Auto de Infração nº 2948880038/03-1...”.

Em 30/01/08, o autuado apresentou defesa complementar às fls. 92/94, na qual solicita que seja feita a “substituição das fls. 03 e 04 da defesa pelas folhas anexas, posto que foram juntadas folhas diferentes da defesa”, sendo que as folhas mencionadas são as de nºs 49 e 50 do processo.

Quanto à infração 1, afirma que o autuante cometeu um equívoco, fazendo inclusão no levantamento fiscal de notas fiscais que foram canceladas, de vendas destinadas a Barry Challebeaut, Joanes e Cargil que confirmaram o não recebimento. Afirma que a presunção fiscal é absurda frente à comprovação física de “cancelamento todas as vias das notas fiscais” e não ocorreu venda, nem fato gerador que implique em tributação.

Com relação à infração 2, afirma que foi apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, entrada de 76 sacos de cacau não registradas, mas que “o mesmo cacau foi objeto de apreensão e recolhimento do tributo devido, acrescido de multa” em operações fiscais anteriores, conforme documentos que junta ao processo. Argumenta que exigir o ICMS novamente sobre a ação fiscal anterior, caracteriza dupla tributação.

Relativamente à infração 3, alega que o autuante tributou mercadorias ainda existentes no estabelecimento, sem que tenha ocorrido a sua saída e que não tendo ocorrido a saída, entende que não ocorreu o fato gerador do imposto.

Aduz que as mercadorias declaradas como estoque final, já estavam tributadas espontaneamente e que não resta motivo para nova tributação, tendo em vista que no momento que ocorresse saída da mercadoria, não incidiria tributação. Requer revisão da infração por fiscal estranho ao feito, em razão de que já houve recolhimento do ICMS sobre o estoque final existente.

Por fim, requer diligência para verificar os fatos alegados e se assim não entender, pela improcedência da autuação.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 99 a 101, inicialmente discorre sobre a substituição de parte dos documentos juntados na defesa inicial e contesta as razões de defesa, conforme passou a expor.

Com relação à infração 1, em relação aos documentos juntados com a defesa, diz que após sua verificação fez as seguintes constatações:

- a) Notas fiscais 087, 280, 379, 439 e 455. Acata o cancelamento dos mencionados documentos, esclarecendo que durante a fiscalização não foram exibidas todas as vias canceladas, o que só ocorreu no momento que apresentou defesa;
- b) Nota fiscal 229. Não acata, visto que só foi juntada com a defesa a segunda via do referido documento, não ficando comprovado seu cancelamento.

Com os ajustes procedidos remanesce o valor devido de R\$1.700,00 relativo à nota fiscal nº 229.

Relativamente à infração 2, esclarece que o imposto exigido refere-se a 76 sacos de cacau declarados no livro de Registro de Inventário em 31/12/06, sem documentação fiscal de origem.

Afirma que os documentos juntados às fls. 70 a 73 referem-se a mercadorias apreendidas em 09/09/07, conforme cópia da nota fiscal 508 e Auto de Infração 020778.1002/07-9 de 02/10/07 e não comprova regularidade dos estoques registrados em 31/12/06. Diz que os documentos juntados com a defesa não provam a irregularidade apontada na infração.

No que se refere à infração 3, informa que se trata da exigência do ICMS na condição de responsável solidário, pela constatação da existência de sessenta sacos de cacau em amêndoas em estoque, sem documentação fiscal correspondente.

Quanto ao argumento defensivo de que não ocorreu o fato gerador (saída das mercadorias) e que foram tributadas espontaneamente, esclarece em relação à documentação apresentada às fls. 71 a 83, tratar-se de mercadorias transportadas sem amparo do regime de diferimento que deveriam serem transportadas acompanhadas do Documento de Arrecadação Estadual (DAE). Argumenta que caberia ao autuado creditar-se do valor do imposto pago por antecipação e fazer compensação em operações subsequentes, no Conta Corrente Fiscal.

Argumenta que na situação presente, trata-se de levantamento físico de mercadorias em estoque aberto, no qual foram computadas as quantidades consignadas na nota fiscal 508, que foi objeto da autuação anterior, tudo conforme documentos acostados às fls. 20 e 74. Ressalta que a diferença apurada é de 310 sacos de cacau, enquanto o citado documento contempla 100 sacos e não guarda qualquer relação de um com o outro.

Conclui dizendo que para ser amparado com o diferimento, faz-se necessário que as operações sejam acobertadas com documentos fiscais, o que não ocorreu, ficando mantida a exigência na condição de responsável solidário. Requer a procedência da informação fiscal.

VOTO

Na defesa apresentada, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que não lhe foram entregues os documentos que nortearam a acusação o que impediu de verificar as transações comerciais que lhe foram atribuídas. Entretanto, na defesa complementar acostada às fls. 92 a 94 em substituição a parte da defesa inicial, não suscitou nulidade, tendo apresentado argumentos e fez referência a documentos juntados à defesa inicial. Assim sendo, entendo que a nulidade suscitada perdeu o efeito, haja vista que não foi renovada na defesa complementar, e o autuado reportou-se aos demonstrativos do autuante, juntando documentos para contrapô-lo, o que possibilitou exercer o seu direito de defesa.

Suscitou a nulidade, também, sob alegação de que a ciência da autuação foi feita por não representante da empresa. Constatou que da mesma forma, não foi renovado o pedido de nulidade na defesa complementar, e a assinatura da procuração juntada à fl. 97 demonstra que a ciência do Auto de Infração foi feita ao Sr. Paulo César Almeida da Silva, que também assinou o Auto de Infração e é sócio quotista do estabelecimento autuado, de acordo com cópia do contrato social juntado às fls. 89/90. Assim sendo, considero que a empresa foi cientificada regularmente e não acato a nulidade pretendida.

Com relação ao pedido de realização de diligência, constato que o pedido formulado na defesa inicial perdeu o seu efeito, visto que tratava de verificação em “bombas de combustíveis” e foi ultrapassado na segunda defesa apresentada. Já o segundo pedido formulado na segunda defesa, nego provimento ao pedido de diligência requerida, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Dec nº 7.629/99) tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide. Ademais, o autuante acatou parte dos documentos juntados com a defesa e ao ser cientificado da informação fiscal, o impugnante não a contestou.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo ao registro de operação tributável como não tributável, falta de recolhimento do imposto a título de presunção relativo a omissão de entrada de mercadorias e por responsabilidade solidária pela aquisição de mercadorias sem documentação fiscal apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechado e aberto.

Relativamente à infração 1, o impugnante juntou com a defesa documentos para tentar provar a regularidade de operações, o que foi acatado em parte pelo autuante.

Da análise dos elementos contidos no processo, pelo confronto do demonstrativo constante à fl. 21 com os documentos juntados com a defesa (fls. 52 a 69), foram juntadas todas as vias das notas fiscais de nºs 087, 280, 379, 439 e 455, indicadas como canceladas, emitidas contra as empresas Barry Challebeaut, Joanes e Cargil que confirmaram o não recebimento, o que foi acatado pelo autuante. Portanto, é razoável acatar a alegação defensiva de que as notas fiscais foram canceladas e dessa forma, não tendo acobertado transporte de mercadorias, devem ser excluídas do processo.

No tocante à nota fiscal 229 emitida em 04/09/96, o autuante juntou cópia da mesma à fl. 25 e o autuado juntou apenas uma das vias à fl. 61. Logo, não ficou comprovado o cancelamento da nota fiscal, nem a entrega da mercadoria ao seu destinatário que é habilitado ao regime de diferimento. Assim sendo, deve ser mantido o imposto exigido correspondente, remanescendo o item 2 do demonstrativo de débito à fl. 3, com valor de R\$1.700,00 com data de ocorrência em 30/09/06 e data de vencimento em 09/10/06.

Relativamente à infração 2, o contribuinte foi acusado de omitir saída de mercadorias a título de presunção (art. 2º, § 3º do RICMS/BA), relativo ao pagamento de mercadorias adquiridas e não registradas. Na defesa apresentada o autuado alegou que a exigência fiscal recai sobre mercadorias que já tinham sido objeto de outra autuação, o que foi contestado pelo autuante.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que conforme demonstrativo juntado à fl. 11, o autuante mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, apurou entrada de mercadorias não registradas totalizando 82.970 kg (equivalente a 1.382 sacos de 60 KG), tendo limitado a exigência aos 76 sacos de cacau registrados no livro de Registro de Inventário em 31/12/2006, conforme cópia acostada à fl. 43.

Quanto aos documentos juntados com a defesa às fls. 70 a 87, para tentar comprovar que a exigência nesta infração contempla mercadorias que já tinham sido objeto de autuação anterior e que caracterizara dupla tributação, não pode ser acatada tendo em vista que conforme ressaltado pelo autuante, aquelas ações fiscais foram empreendidas nos meses de setembro e outubro de 2007 e não guarda qualquer relação com o imposto apurado relativo à movimentação dos estoques conforme levantamento quantitativo feito no período de 01/01/06 a 31/12/06.

Saliente que conforme disposto no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar ... a entrada de mercadorias não contabilizadas ... autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Pelo exposto, tendo o levantamento fiscal sido feito com base nos livros e documentos do estabelecimento autuado e não tendo comprovado a improcedência da presunção, deve ser mantida a infração na sua totalidade. Infração não elidida.

Relativamente à infração 3, a fiscalização apurou entrada de mercadorias não registradas em levantamento quantitativo de estoques em exercício aberto (21/09/07) e exigiu ICMS na condição de responsável solidário pela aquisição de mercadorias desacobertadas de documento fiscal.

Na defesa apresentada o autuado alegou:

- a) Inexistência de fato gerador, por entender que só ocorreria no momento da saída da mercadoria e a mercadoria no estabelecimento não configura obrigação de pagar o imposto;
- b) A mercadoria do estoque final já estava tributada e não poderia ser objeto de nova tributação.

O autuante contestou tais argumentos, afirmando que o imposto foi exigido na condição de responsável solidário e que a documentação apresentada não comprova a omissão apurada no levantamento quantitativo de estoques.

Com relação ao primeiro argumento defensivo, não pode ser acatado, tendo em vista que conforme previsto no art. 60, II, "b" do RICMS/BA, c/c o art. 15, I, "a" da Port. 445/98 detectando-se omissão de entrada de mercadoria por meio de levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto, pode ser cobrado imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), se as mercadorias correspondentes à omissão de entradas ainda estiverem fisicamente em estoque. Portanto, neste aspecto é legal a exigência fiscal.

Com relação à segunda alegação, pela análise dos elementos contidos no processo verifico que:

- 1) O levantamento quantitativo de estoque elaborado pelo autuante e juntado às fls. 16 a 20, compreende o período de 01/01/07 a 21/09/07, tendo apurado entrada de notas fiscais de 122.958 Kg (fl. 16), porém a exigência fiscal ficou limitada a 18.600 Kg (310 sacos de 60 Kg);
- 2) O Estoque final foi apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques constante na Declaração de Estoque juntada à fl. 23, em que foi quantificada existência de 310 sacos de cacau em amêndoas no dia 21/09/07, tendo como preposto fiscal Susana R. R. Lima, Cadastro 210551 e Celino B. dos Santos, Cadastro 114.054-1.

Por sua vez o autuado juntou com a defesa, diversos documentos, entre os quais relaciono:

- a) Auto de Infração nº 020778.1002/07-9 (fl. 75), lavrado em 02/10/07 pelo auditor Manoel Messias Santos da Hora, que acusa estocagem de 310 sacos de cacau em amêndoas existentes no estabelecimento desacompanhados de nota fiscal;
- b) O Termo de Visita juntado à fl. 78, indica que a ação fiscal foi empreendida no dia 21/09/07 pelo preposto fiscal Susana Regina Rodrigues Lima; Termo de Apreensão 115114 (fl. 83);
- c) O Estoque foi apurado mediante levantamento quantitativo dos estoques constante na Declaração de Estoque juntada às fls. 84 e 85, em que foi quantificada existência de 310 sacos de cacau em amêndoas no dia 21/09/07, tendo como preposto fiscal Susana R. R. Lima, Cadastro 210551 e Celino B. dos Santos, Cadastro 114.054-1.

Pelo acima exposto, embora o ICMS exigido nesta infração englobe a movimentação dos estoques do período de 01/01/07 a 21/09/07, resultou em omissão de entrada de 310 sacos de cacau em amêndoas que corresponde à mesma quantidade que constituiu a base de cálculo do Auto de

Infração nº 020778.1002/07-9 lavrado em 02/10/07 pelo auditor Manoel Messias Santos da Hora, tendo ambas as autuações tomado como suporte o estoque de mercadorias existentes em 21/09/07, levantado pelo mesmo preposto fiscal.

Dessa forma, acato a segunda alegação defensiva, considero que o imposto exigido nesta infração já foi objeto de outro lançamento de ofício e improcedente a infração 3.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 **110427.0023/07-5**, lavrado contra **MOURA COMÉRCIO DE CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.249,11**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.700,00 e 70% sobre R\$3.549,11, previstas no art. 42, II, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de novembro de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR