

A. I. N° - 207093.0009/07-1  
**AUTUADO** - COMPRESIL COMÉRCIO & ATACADO LTDA.  
**AUTUANTE** - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES  
**ORIGEM** - INFRAZ ATACADO  
**INTERNET** - 16. 12. 2008

**1<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0419-01/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração não impugnada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Infração não impugnada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Restou comprovado que o autuado recolhera parte do imposto exigido na autuação, antes do início da ação fiscal. Efetuadas as devidas correções do lançamento, remanesce parcialmente a exigência fiscal. 4. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS OCORRIDAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 5. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 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. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Débito reduzido. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/2007, exige ICMS no valor de R\$ 110.768,60, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de janeiro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.752,43, acrescido da multa de 50%;
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de fevereiro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 232,22, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 [artigo 353, II, do RICMS/BA], nos meses de janeiro a setembro e novembro de 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 15.561,04, acrescido da multa de 60%;
4. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento com utilização de crédito fiscal que, posteriormente, foram objeto de saídas com não incidência do imposto, no mês de dezembro de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.054,48,

acrescido da multa de 60%. Consta que, conforme levantamento realizado nas Notas Fiscais nº.s 17578, 17579 e 17580, emitidas em 31/12/2003, a título de Ajuste de Inventário, com base de cálculo das mercadorias inferior às entradas, não tendo sido feito nem registrado nos livros fiscais o conseqüente estorno do crédito fiscal, previsto na legislação tributária;

5. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2002 e 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 91.168,43, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 412 a 415, rechaçando inicialmente a infração 03, dizendo que está apresentando planilha com demonstração dos cálculos da substituição tributária nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação nos documentos de fls. 415 a 452, que comprovam recolhimentos do imposto e apuram diferenças que precisam ser retificadas, como exemplifica. Acrescenta que, comprovados os recolhimentos e efetuada a retificação a planilha da infração 03 é de R\$ 9.260,51, conforme apresenta.

Atacando a infração 05, discorda do levantamento efetuado pelo autuante, no exercício de 2002, sustentando que a mercadoria Grampo Darma Preto 5 – Cod. 084, é adquirida em unidade ao custo de R\$ 0,38 e embalada em caixa contendo 50 caixinhas que são vendidas ao preço de R\$ 40,70 a caixa. Afirma que o autuante não fez a conversão sendo necessária haver a retificação para 05 caixas na coluna “Omissão de Entradas”. Já no exercício de 2003, assevera que houve a mesma ocorrência com o mesmo tipo de mercadoria, sendo a quantidade real de omissão de saídas de 18,6 caixas. No mesmo exercício de 2003, aponta a mercadoria Folha de Alumínio-Cod. 084, com divergência que precisa ser retificada na planilha “Demonstrativo de Cálculo das Omissões”, considerando que no levantamento não foi apreciada a quantidade de 2.424 unidades, ou 67 caixas com 36 unidades, gerando um divergência.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 456/457, registrando, inicialmente, que o autuado não impugna as infrações 01, 02 e 04, manifestando o entendimento de ter ocorrido um reconhecimento tácito. No que concerne às alegações defensivas relativas às infrações 03 e 05, acata as alegações defensivas quanto à infração 03, admitindo a existência de equívocos na planilha, a qual retifica passando a exigência para o valor de R\$ 9.260,51, conforme demonstrativo que apresenta.

Com relação à infração 05, diz que as mercadorias de códigos 084 e 402, afirma que o autuado simplesmente argumenta, contudo, não apresenta nenhuma prova admissível, nada havendo a apreciar, mesmo porque os registram que fundamentaram o levantamento são oriundos da própria movimentação física, transcritos nos arquivos magnéticos e suportados por notas fiscais de entrada e saída de mercadorias.

Finaliza mantendo integralmente as infrações 01, 02, 03 e 05 e, parcialmente, a infração 03, esta no valor retificado de R\$ 9.260,51.

A 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal - JJF, após discussão em Pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFRAZ/ATACADO, a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal para que adotasse as seguintes providências:

- intimasse o autuado para comprovar as suas alegações referentes ao levantamento da infração 05, mediante apresentação de notas fiscais, correspondente a cada operação realizada, conforme suscitado na peça de defesa, inclusive, elaborando demonstrativo contendo todos os itens de mercadorias impugnados.
- caso o autuado atendesse a intimação, o diligente deveria conferir os documentos apresentados pelo autuado e, se fosse o caso, elaborar novo demonstrativo de débito em relação aos valores não comprovados.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, mediante recibo específico, cópia do demonstrativo elaborado pelo diligente. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da diligência. Havendo manifestação do autuado, que fosse dada ciência ao autuante.

O autuante, cumprindo a diligência solicitada informou à fl. 869, que após o atendimento da intimação à fl. 465 pelo contribuinte, foram confrontados com os demonstrativos de Auditoria de Estoque integrantes do processo, sendo acatados os argumentos defensivos referentes a infração 05, resultando na retificação do crédito tributário exigido nos exercícios de 2002 e 2003 para R\$ 46.403,70 e R\$ 31.521,04, respectivamente, conforme novo demonstrativo de Auditoria de Estoque que fundamenta e ampara a diligência solicitada.

Intimado o autuado para se manifestar sobre o resultado da diligência, este acusa o recebimento, contudo, silencia.

## VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de 05 infrações, dentre as quais este impugna apenas as infrações 03 e 05, silenciando quanto às infrações 01,02 e 04.

No que concerne à infração 03, constato assistir razão ao autuado, haja vista que os documentos acostados aos autos comprovam o recolhimento de parte do ICMS exigido neste item da autuação, antes do início da ação fiscal, bem como, a existência de equívocos no levantamento, valendo registrar, que o próprio autuante acata as alegações defensivas.

Assim é que, se verifica nos meses abaixo indicados o seguinte:

- janeiro de 2002 – restou comprovado o recolhimento do ICMS no valor de R\$ 4.294,43, inexistindo diferença a recolher neste mês;
- fevereiro de 2002 – o valor efetivamente devido é de R\$ 36,50, haja vista que no levantamento levado a efeito pelo autuante houve equívoco na mensuração da base de cálculo das Notas Fiscais nºs 103246,103247 e 103248, bem como, houve o recolhimento do valor de R\$ 4.222,66;
- março de 2002 – restou comprovado o recolhimento do valor de R\$ 1.144,11, remanescendo a diferença a recolher de R\$ 2.009,41;
- abril de 2002 – restou comprovado o recolhimento do valor de R\$ 3.538,58, remanescendo a diferença a recolher de R\$ 2.159,71;
- maio de 2002 – comprovadamente foi recolhido o valor de R\$ 5.178,38, restando a diferença a recolher de R\$ 2.463,88;
- julho de 2002 – restou comprovado o recolhimento do valor de R\$ 208,69, remanescendo a diferença a recolher de R\$ 11,41;
- agosto de 2002 – consta nos autos a comprovação do recolhimento do valor de R\$ 5.579,82, restando a diferença a recolher de R\$ 190,13;
- outubro de 2002 – restou comprovado o recolhimento do valor de R\$ 3.980,49, remanescendo a diferença a recolher de R\$ 142,67.

Portanto, após as correções e os ajustes pertinentes, o ICMS originalmente exigido neste item da autuação no valor de R\$ 15.561,04, fica reduzido para o valor de R\$ 9.260,51, conforme demonstrativo de débito abaixo:

| Data de Ocorrência | ICMS devido(R\$) |
|--------------------|------------------|
| 28/02/2002         | 36,50            |
| 31/03/2002         | 2.009,41         |
| 30/04/2002         | 2.159,71         |
| 31/05/2002         | 2.463,88         |
| 30/06/2002         | 2.214,40         |
| 31/07/2002         | 11,41            |
| 31/08/2002         | 190,13           |
| 31/10/2002         | 142,67           |
| 30/11/2002         | 32,40            |
| TOTAL              | 9.260,51         |

Assim, este item da autuação é parcialmente subsistente.

No respeitante à infração 05, convém consignar que o autuado na peça de defesa se insurgiu apenas contra o levantamento referente às mercadorias Grampo Darma Preto 5 – Código. 084 e Folha de Alumínio-Código 402, apontando a existência de divergências que provocaram a conversão do processo em diligência por esta 1ª Junta de Julgamento Fiscal, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado verificasse as alegações defensivas e procedesse as devidas retificações, elaborando novos demonstrativos.

Observo que o próprio autuante cumpriu a diligência, acatando as razões defensivas quanto às mercadorias Grampo Darma Preto 5 – Código. 084 e Folha de Alumínio-Código 402, apresentando como resultado da revisão fiscal realizada, novos demonstrativos acostados aos autos, com a redução do ICMS devido no exercício de 2002 para o valor de R\$ 46.403,70 e no exercício de 2003 para R\$ 31.521,04. Infração mantida parcialmente.

Relativamente às infrações 01, 02 e 04, vejo que o autuado as reconhece tacitamente, haja vista que em nenhum momento impugnou a acusação fiscal referente a estes itens da autuação. Certamente, caberia ao autuado exercer o seu direito de ampla defesa, trazendo na peça impugnatória os argumentos e elementos hábeis de prova capazes de elidir a autuação, conforme determina o art. 123 do RPAF/99, abaixo reproduzido:

*“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.”*

O artigo 140, do mesmo Diploma regulamentar acima referido, aponta para a indispensabilidade de comprovação das alegações e dos fatos, não podendo prosperar a simples negativa, conforme se vê da transcrição abaixo do referido dispositivo regulamentar:

*“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”*

Relevante registrar que a autuação relativa a estas infrações, está em conformidade com a legislação do ICMS, bem como, com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99. Infrações mantidas integralmente.

Diante do exposto, as infrações 01, 02 e 04 são integralmente subsistentes, e as infrações 03 e 05, parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0009/07-1, lavrado contra **COMPRESIL COMÉRCIO & ATACADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$91.224,38**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 1.752,43, 60% sobre R\$ 11.547,21 e de 70% sobre R\$ 77.924,74, previstas no artigo 42, incisos I, “a”, II, “b”, “d”, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de dezembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR