

A. I. Nº - 298962.0007/07-9
AUTUADO - MEGAFRUTY COML. IMPORTADORA DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.
AUTUANTES - EGIDIO SILVA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERTNET - 08.04.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0055-02/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada face a constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo correta a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. **b)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DETENTOR DE MERCADORIAS E ESTOQUE DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. O adquirente adquire a condição de responsável solidário pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada, aplicando-se o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007 sobre o débito apurado nos itens “a” e “c”, resultando na sua diminuição. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Comprovado erro na apuração do débito não subsistindo a infração. 3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. Item anulado em razão de se encontrar contido nas exigências de que cuida o item “1”, representando-se a autoridade fazendária para novo lançamento das notas fiscais não registradas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. BRINDES. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2007, para exigência de ICMS no valor de R\$21.985,88, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 656,52, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativos às fls. 63 a 99, 156 a 218, e 224 a 268.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$90,65, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, referente ao exercício de 2004, conforme demonstrativos às fls. 63 a 99, 156 a 218, e 224 a 268.
3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2004). Sendo exigido o imposto no valor de R\$1,02.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.140,83, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2003), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls. 14 a 62, 100 a 155, e 219 a 223.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$5.412,84, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de janeiro a julho de 2004, conforme demonstrativo à fl. 13.
6. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$14.504,84, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, caracterizada pelo não registro no livro Registro de Entradas do montante das notas fiscais constantes do Relatório do CFAMT, sendo relacionadas e anexadas ao PAF, as cópias das notas fiscais, relativas aos meses de fevereiro de 2003 a novembro de 2004, conforme demonstrativos e documentos às fls. 09 a 12.
7. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$179,18, referente às aquisições de mercadorias de produtor rural ou extrator não inscrito no cadastro estadual do ICMS, na qualidade responsável solidário, através da Nota Fiscal nº 2925, no mês de novembro de 2004, conforme documentos à fl. 279.

O autuado, em sua defesa às fls. 285 a 293, após descrever as infrações, com fulcro no art. 18, IV, do RPAF/99, suscita a nulidade do auto de infração, sob pretexto de cerceamento do seu direito de defesa, com base nas seguintes preliminares.

Como primeira preliminar, alega que o auto de infração foi entregue pelos Correios sem o resumo do demonstrativo da infração 02, contendo as informações concernentes a data de ocorrência, data de vencimento, base de cálculo, alíquota, multa, valor histórico e valor em Real.

Portanto, afirma que ficou impedido de exercer a ampla defesa, inclusive, que torna impossível verificar a proporção das operações tributadas em consonância com a IN nº 56/2007.

Como segunda preliminar, alega que com referência às infrações 01, 02, 03 e 06, o lançamento foi constituído sem os meios de convicção que lhe são inerentes, isto porque, não lhe foram entregues as cópias das notas fiscais relacionadas nos respectivos demonstrativos, inclusive que analisou os autos em posse da repartição da administração fazendária competente tendo constatada a ausência desses documentos essenciais.

No mérito, quanto a infração 05, alega a sua improcedência, uma vez que as mercadorias não foram adquiridas pelo estabelecimento, isto porque as Notas Fiscais nº 24656, 24730, 25021, 25082, 25312, 25532, 25590, 25623, 25743, 26182, 26343, 26432, 26494 e 26571, de emissão da empresa Beiruth Ind. de Produtos Alimentícios Ltda, têm como destinatário outro contribuinte, qual seja, o Mercadinho Vale Ouro Ltda, inscrito no CNPJ nº 04.416.422/0001-01 e IE nº 56.870.149-PP.

Com relação às infrações 01, 02, 03 e 06, invocou a Instrução Normativa nº 56/2007, para aduzir que o autuante não aplicou o critério da proporcionalidade sobre as diferenças apuradas, e ainda deixou de consignar no termo de encerramento de sua ação fiscal as circunstâncias porque entendeu não ser aplicável a citada proporcionalidade. Assim, salienta que na hipótese de ser analisado o mérito de tais infrações, deve o autuante considerar o critério da proporcionalidade das operações, excluindo as isentas, não tributadas e/ou sujeitas à antecipação tributária.

Ressalta que as DMA's apresentadas consubstanciam a informação que autoriza a aplicação da referida IN, a saber:

Vendas / 2003	VALORES EM REAIS	PROPORÇÃO/TOTAL
Tributadas	612.857,57	21,32/%
Isentas	2.187.826,69	77,29%
Outras	39.358,59	1,39%

Vendas / 2004	VALORES EM REAIS	PROPORÇÃO/TOTAL
Tributadas	1.064.706,79	41,48/%
Isentas	1.430.880,80	55,74%
Outras	71.505,17	2,79%

Por conta disso, diz que aplicando-se o critério da proporcionalidade sobre as infrações 01, 02, 03 e 06, resulta em:

Ano	Base de Cálculo	Proporção tributadas	Nova Base de Cálculo	Alíquota	Valor em Real
Item 1 -2004	3.861,88	41,48%	1.601,91	17,00 %	272,32
Item 2 -2003	533,24	21,32%	113,69	17,00 %	19,33
Item 3 - 2004	6,00	41,48%	2,49	17,00 %	0,42
Item 6 - 2003	20.681,13	21,32%	4.409,22	17,00 %	749,57
Item 6 -2004	64.641,39	41,48%	26.813,25	17,00 %	4.558,25

Quanto a infração 07, alega que houve equívoco quanto à caracterização do fato gerador, pois: a) a Nota Fiscal nº 2925 foi devidamente registrada no Registro de Entradas nº 65, pág. 08 do ano de 2004; e b) a operação não se trata de aquisição de produtor rural não inscrito, mas de cumprimento ao art. 565, inciso II, do RICMS/97, referente à obrigação de emitir, no ato da entrada de brindes no estabelecimento, nota fiscal com lançamento do imposto.

Para comprovar suas alegações o defendente juntou cópias dos documentos às fls. 295 a 317.

Por fim, pede: a) que seja acolhida a nulidade das infrações 01, 02, 03 e 06, por faltar elementos suficientes para se determinar com segurança as infrações e possibilitar o exercício do direito à ampla defesa e contraditório; b) no mérito, que seja aplicado o critério da proporcionalidade previsto na IN nº 56/2007 em relação às infrações 01, 02, 03 e 06, e que sejam desfeitos os equívocos cometidos pela fiscalização quanto às infrações 05 e 07.

Na informação fiscal às fls. 319 a 322, o autuante, quanto a primeira preliminar, aduz que ao ser cientificado o contribuinte através dos Correios, foi feita a entrega da documentação com todas cópias do procedimento fiscal, e argumenta que o contribuinte poderia ter pedido vistas à repartição da mesma. Além disso, esclarece que o AI se acha anexado ao Livro mod. 6 na sua integralidade, com todos os anexos, e podia ser consultado para exercer o seu direito à ampla defesa. Juntou cópia do auto de infração (fls. 323 a 325).

Com referência às infrações 01, 02, 03 e 06, admite que realmente as cópias das notas fiscais não haviam sido juntadas naquela oportunidade em virtude de terem sido solicitadas, via circularização com AR, e, não remetidas em tempo hábil, pelos emitentes. Diz que está fazendo a juntada de cópias das mesmas (fls. 328 a 355).

Quanto a infração 05, confirma que realmente as notas fiscais citadas na defesa foram emitidas por outra empresa, justificando que o equívoco se deveu por erro da emitente que as lançou no SINTEGRA em nome do autuado.

Diz que as infrações 05 e 06 sofreram alterações por conterem informações que se confirmaram serem equivocadas e parte dos dados nelas contidos deu origem a outras infrações de codificações diferentes, em virtude do enquadramento legal, uma vez que a infração 06 sofreu influência dos dados da infração 05 em grande parte, e os dados aproveitados da infração 06 teve que ser desdobrado em duas infrações, relativo à mercadorias tributadas e a mercadorias isentas ou não tributadas. Diz que a infração ficou com o código 16.01.02; na ordem 06 a de código 16.01.01 esta, Obrigação Acessória – Falta de Registro na Escrita Fiscal - Mercadorias sujeitas à Tributação e a outra, Obrigações Acessórias - Falta de Registro na Escrita Fiscal – Mercadoria não tributável, satisfazendo, assim, o que preceitua a IN nº 56/2007 alegado pelo defendente. Juntou novo demonstrativo das notas fiscais não escrituradas na escrita fiscal em 2004 (fls. 326 a 327).

Com relação à infração 07, foi mantida na sua forma original, em virtude da aquisição de Folhinhas de uma determinada gráfica não inscrita, cabendo à adquirente a responsabilidade pelo recolhimento do tributo devido na entrada, o que não ocorreu em relação à Nota Fiscal nº 2925, objeto da autuação.

Juntou novas planilhas e um novo demonstrativo de débito, assim como, as cópias das notas fiscais que originaram tais cálculos e penalidades, dando cópias das mesmas ao autuado para seu conhecimento, e reabrindo novo prazo de defesa (fls. 323 a 384).

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração no valor do ICMS de R\$2.693,66 e de MULTA no total de R\$2.507,72.

Conforme intimação expedida pelo autuante, e devidamente assinada pelo preposto do autuado (fl. 385), foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, com a entrega de cópia da informação fiscal e dos documentos a ela anexados, porém, sem qualquer manifestação do sujeito passivo no prazo estipulado.

VOTO

O débito das infrações 01, 02, 03 e 04, foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2003 e 2004, e encontra-se devidamente especificado nos demonstrativos e levantamentos constantes às fls. 14 a 268, nos quais, constam especificadas e

relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito.

O cálculo do débito de cada infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base:

- na apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, 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, referente ao exercício de 2004 (infrações 01 e 02).
- apuração de mercadorias adquiridas de terceiros desacompanhadas de documentos fiscais, no exercício de 2004, atribuindo ao autuado a responsabilidade solidária pelo pagamento do imposto devido (infração 03).
- nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas (exercício de 2003 - infração 04).

Já as infrações 05, 06 e 07, fazem referência a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97; omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas; e falta de recolhimento do imposto sobre aquisição de brindes, respectivamente.

Quanto as preliminares de nulidade argüidas na defesa, observo que realmente na folha 02 do processo, não contém as informações concernentes a data de ocorrência, data de vencimento, base de cálculo, alíquota, multa, valor histórico e valor em Real da infração 02, bem como, não existiam no processo cópias das notas fiscais que fundamentam as infrações 01, 02, 03 e 06, circunstâncias essas, que impediram o sujeito passivo de exercer com plenitude o seu direito de defesa.

Contudo, considerando que na informação esta falha formal foi saneada pelo autuante com a juntada aos autos de cópia de todo o Auto de infração e das cópias das notas fiscais citadas na defesa, ficam superadas as preliminares de nulidade, o que torna inaplicável o disposto no artigo 18, IV, do RPAF/99.

No mérito, também observo que o autuante acolheu em parte as razões defensivas em relação a todas as infrações, tendo juntado ao processo cópia do auto de infração, novo demonstrativo das notas fiscais não lançadas na escrita fiscal do ano de 2004, de cópias das notas fiscais obtidas junto a diversos fornecedores, nova auditoria de estoques do ano de 2004, e de várias folhas do livro Registro de Entradas (fls. 323 a 383).

Assim, tomo para proferir o meu voto, as informações e comprovações apresentadas por ocasião da informação fiscal, uma vez que, o sujeito passivo foi cientificado do teor da informação fiscal e dos documentos a ela anexados, conforme intimação à fl. 385, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) para o exercício da ampla defesa e do contraditório, e não se manifestou, configurando o seu silêncio como uma aceitação tácita dos novos números apurados pelo autuante em seu demonstrativo de débito à fl. 384.

Observo que o autuante procedeu erroneamente o cálculo do imposto inerente à infração 02, utilizando a alíquota de 7% sobre o valor de R\$1.295,00, quando o correto é 17%, e em seguida deixou de aplicar o critério da proporcionalidade, o qual, o autuante não apreciou a alegação defensiva que o estabelecimento comercializa com mercadorias tributáveis, não

tributáveis/isentas e ou submetidas ao regime de substituição tributária, de modo a aplicar o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007.

Desta forma, tomando por base os valores declarados nas DMA's dos anos de 2003 e 2004 e informados à SEFAZ, constante no INC – Informação do Contribuinte, anexadas ao processo pelo autuante (fls. 312 e 313), entendo devido aplicar a proporcionalidade das mercadorias tributadas, prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, conforme percentuais demonstrados pelo autuado em sua defesa, quais sejam, de 21,32% (2003) e de 41,48% (2004) sobre o débito das infrações 01, 02 e 04, apuradas com base em presunção de omissão de saídas, previstas no § 3º do art.2º do RICMS/97, resultando nos seguintes valores:

INFRAÇÃO	OMISSÃO DE SAÍDAS	% MERCADORIAS TRIBUTADAS	B.CÁLCULO TRIBUTÁVEL	ALÍQUOTA	VALOR DO DÉBITO
1 (2004)	3.861,85	41,48	1.601,90	17%	272,32
2 (2004)	1.295,00	41,48	537,17	17%	91,32
4 (2003)	6.710,76	21,32	1.430,73	17%	243,22

Desta forma, os itens 01, 02 e 04 são procedentes em parte nos valores acima.

No que tange ao item 05 - falta de antecipação tributária, tendo em vista que o próprio autuante na informação fiscal declarou que a exigência fiscal deixa de existir porque as notas fiscais são de propriedade de outra empresa, não subsiste a infração imputada ao contribuinte.

Quanto ao item 06 – exigência de imposto por omissão de saídas (presunção legal) pela falta de entradas de mercadorias caracterizada através das notas fiscais não registradas na escrita do contribuinte, o autuado pediu a aplicação da IN nº 56/2007, enquanto que o fiscal autuante refez o levantamento fiscal (fls.326, 327 e 384) excluindo as notas fiscais em que restou comprovado sua inclusão indevida, e entendeu que deveria ser aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% e 1%, respectivamente.

Considerando que nos itens 01 e 02 está sendo exigido imposto por omissão de saídas, a exigência fiscal neste item a título de imposto não é devida, pois os citados itens se referem ao mesmo período. Portanto, considero nulo este item, ficando representada a autoridade fazendária para que programe outra ação fiscal para esse, ou seja, para a aplicação de multa por falta de registro das notas fiscais.

Finalmente o item 07, referente a acusação de falta de recolhimento do imposto na aquisição de brindes (folhinhas), conforme cópia do Registro de Saídas à fl. 316, está comprovado que o autuado emitiu a Nota Fiscal nº 2925 e a lançou no Registro de Saídas, debitando o imposto sobre a mesma, o que torna improcedente a infração imputada ao autuado.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no valor de R\$4.817,18, ficando o demonstrativo de débito das infrações modificado conforme abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vento.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	VL.do Débito	INF.
31/03/2004	31/12/2004	1.601,88	17	70	272,32	1
31/12/2004	31/12/2004	537,18	17	70	91,32	2
31/12/2004	31/12/2004	6,00	17	70	1,02	3
31/12/2003	31/12/2003	1.430,71	17	70	243,22	4
TOTAL					607,88	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298962.0007/07-9**, lavrado contra **MEGAFRUTY COML IMPORTADORA DE HORTIFRUTIGRANJEIROS LTDA.**, devendo ser

intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$607,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de março de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR