

A. I. Nº - 232954.0002/09-5
AUTUADO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ADAIR ZAMBONI RIBEIRO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 30. 09. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0267-01/10

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. O sujeito passivo reconheceu a procedência da autuação e efetuou o pagamento do valor lançado. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O sujeito passivo comprovou o pagamento de parte do valor cobrado. Infração subsistente em parte. 2. 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. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infrações 02 e 08 parcialmente caracterizadas. 3. CRÉDITO FISCAL. **a)** FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. ENTRADAS DE MERCADORIAS, CUJAS SAÍDAS SUBSEQUENTES OCORRERAM COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. O sujeito passivo reconheceu a procedência da autuação e efetuou o pagamento do valor cobrado. **b)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ISENTA. O sujeito passivo comprovou que uma parte das mercadorias era tributada normalmente e, portanto, em relação a essa parte foi correta a utilização dos créditos fiscais. Infração parcialmente caracterizada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. O sujeito passivo comprovou que uma parte das operações era referente a produtos isentos e com fase de tributação encerrada e, desse modo, em relação a essas operações a infração não subsiste. Infração parcialmente caracterizada. 5. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Refeitos os cálculos com a redução do valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Indeferidos os pedidos de realização de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 23/12/2009, exige ICMS decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do IC

1. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS-BA. Período de maio a dezembro de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 4.732,84, acrescido de multa de 60%.
2. Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 14.151,90, acrescido da multa de 70%.
3. Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Período de janeiro a dezembro de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 23.250,30, acrescido da multa de 60%.
4. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisições de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Período de janeiro a dezembro de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 15.578,52, mais multa de 60%.
5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88 e 89 do RICMS-BA. Período de janeiro a março e de maio a outubro de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 13.909,86, acrescido da multa de 60%.
6. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas. Período de janeiro a dezembro de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 30.012,00, acrescido da multa de 60%.
7. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Período de janeiro a dezembro de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 19.210,17, mais multa de 60%.
8. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004. Lançado ICMS, no valor de R\$ 45.597,12, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresenta defesa (fls. 369 a 434) e, referindo-se à Infração 01, reconhece a procedência da exigência fiscal e diz que efetuará o pagamento correspondente.

Quanto à Infração 02, afirma que a diferença apurada pelo autuante não procede, pois decorre de:

- produtos que foram utilizados na padaria do próprio estabelecimento, conforme a planilha de fls. 457 a 459. Destaca que a manutenção desses produtos na autuação acarretaria uma dupla tributação, pois seriam tributados na auditoria de estoque e quando a saída da padaria;
- produtos de uso e consumo do próprio estabelecimento, tais como fardamento, material de expediente e outros. Afirma que esses produtos não devem figurar no rol dos que têm as entradas e saídas dos estoques controladas;
- produtos excluídos do cadastro da loja, a exemplo de agendas, arranjos de flores, arvores de fibra ótica, etc. Diz que como esses produtos não são mais vendidos, eles não apresentam movimentação de estoques.

Às fls. 457 a 459, o autuado apresenta uma planilha com os produtos que se enquadram nas situações acima e que, no se entendimento, devem ser excluídos da autuação.

O autuado informou que, efetuará o pagamento do valor cobrado na In

Quanto à Infração 04, sustenta que está equivocado o enquadramento dos seguintes produtos: a) “Ameixa Seca” (fls. 461 a 465), pois não está beneficiada com a isenção prevista no art. 14, I, do RICMS-BA; b) “Bebida Láctea e Leite Aromatizado”, já que não são tributados pelo regime da substituição tributária, conforme as notas fiscais de entradas às fls. 467 a 471; c) “Iogurte”, pois não está enquadrado na substituição tributária, conforme a nota fiscal de entrada à fl. 473; d) “Lubrificante Íntimo K-Y Gel 50G”, uma vez que não é tributado pelo regime de substituição tributária, conforme a nota fiscal de entrada à fl. 475; e) “Tampico Vale Dourado Plus 1L” não é tributado pelo regime de substituição tributária, consoante a nota fiscal de entrada à fl. 477. Para cada um desses produtos, o autuado elabora planilhas com os valores que, no seu entendimento, são indevidos, bem como solicita a realização de diligência.

Em relação à Infração 05, o autuado aponta os seguintes equívocos na apuração dos valores devidos: a) nos meses de maio, junho, julho e setembro de 2004, a totalização dos valores está equivocada, conforme a tabela às fls. 381; b) os produtos “Cera e Lustra Móveis” foram corretamente lançados no mapa de antecipação tributária, conforme demonstrativos às fls. 382/383 e 479/494; c) o produtos “Querosene” foi corretamente lançado no mapa de antecipação tributária, conforme os demonstrativos às fls. 383 e 496. Para cada um desses alegados equívocos, o autuado apresenta demonstrativo com os valores que, no seu entendimento, devem ser excluídos da autuação, bem como solicita a realização de diligência.

Relativamente à Infração 06, o autuado diz que a exigência fiscal contém equívocos, pois os produtos do “Fornecedor Yorki” são isentos de ICMS, conforme o art. 14, I, do RICMS-BA, o Parecer GETRI nº 543 e a Nota Fiscal nº 197930 (fls. 498/501). Também alega que os produtos “Anti-ferrugem” (NCM 2710.19.99), “Salgado” (NCM 1904.90.00), “Absorvente Para Seio” (NCM 4818.40.90), “Cola Poxibonder, Durepoxi, Alba e Cola Silicone Flex Bonder” (NCM 3214.10.10 e 3214.90.90), “Creme Nutella Avelã 180G” (NCM 1806.90.00), “Grand Prix Pano com Protetor UV” (NCM 3405.90.00), “Kit Refeição Kuka” (NCM 3924.10.00), “Limpa Lentes CD e Limpa Vídeo K-7” (NCM 8523.13.90) e “Hi-Line Yakult” são tributados pelo regime de substituição tributária. Para comprovar esses argumentos, o autuado acosta ao processo fotocópias de notas fiscais de entradas (fls. 503 a 524 - docs. 12 a 20) e elabora planilhas com os valores que, no seu entendimento, devem ser excluídos da autuação. Solicita a realização de diligência.

Quanto à Infração 07, o autuado alega que há equívocos na apuração do imposto cobrado, conforme relatado a seguir.

“Alimento Soja Soymilke” – Diz que houve um erro no envio dos arquivos magnéticos, de modo que foi informada a alíquota de 7% e foi utilizada a de 17%. Como prova, acostou ao processo fotocópia de fita-detelhe (fls. 526 a 533). Apresentou demonstrativo com os valores indevidos.

“Deo-Colônia” – Afirma que as notas fiscais de entradas acostadas às fls. 535 a 538 comprovam que esses produtos se enquadram nas NCMs 3307.2010 e 3307.2000. Destaca que Acórdão JJF Nº 0455-02/05 (fls. 539 e 540) reconheceu que o produto deo-colônia à base de lavanda e alfazema são tributados à alíquota de 17%. Apresentou demonstrativo com os valores indevidos.

“Máquinas e Equipamentos Agrícolas” – Diz que não foi considerada a redução de base de cálculo prevista no art. 77, II, do RICMS-BA. Acosta fotocópia de nota fiscal (fl. 542) e apresenta demonstrativo com os valores que, no seu entendimento, são indevidos.

“Máquinas e Equipamentos Industriais” – Sustenta que não foi considerada a redução da base de cálculo prevista no art. 77, I, do RICMS-BA. Anexa fotocópia de nota fiscal (fl. 544) e elabora demonstrativo com os valores indevidos.

“Leite Líquido” – Afirma que não foi considerada a redução de base de cálculo prevista no Dec 7.826/00 e alterações posteriores. Acostou ao processo fotocópia de demonstrativo com os valores que, no seu entendimento, são indevidos.

“Leite em Pó” – Reconhece que utilizou a alíquota de 7% para esse produto, porém sustenta que a cobrança é indevida, pois o referido produto goza de redução de base de forma que a carga tributária efetiva é de 7%. Apresenta demonstrativo com os valores indevidos.

Com relação à Infração 08, o autuado afirma que a mercadoria “Linguiça Perdigão Toscana KG” não apresenta omissão de saída, conforme os demonstrativos de fls. 417. Diz que a mercadoria “Óleo de Soja Primor Pet 900 ML” foi incluída em duplicidade no levantamento. Alega que houve erro na conversão de embalagens. Apresenta demonstrativos (fls. 419 e 548/558).

O autuado destaca que há necessidade da realização de diligência fiscal para efetuar a revisão do levantamento quantitativo de estoque. Diz que há produto que entraram no estabelecimento com um determinado código e saíram com um código diferente. Sustenta que a omissão existente pode ser anulada ou reduzida pela aplicação do critério da similaridade. Cita decisões deste CONSEF, em que os processos foram convertidos em diligência e acosta cópia de acórdãos (fls. 560 a 596). Diz que, com o objetivo de colaborar com a busca da verdade material, elaborou demonstrativos comparando as omissões de entrada e de saídas agrupado os produtos similares, o que resulta em uma redução ou anulação das omissões (fls. 424 e 598/599). Faz alusão às perdas e extravios ocorridos nas lojas e diz que manter a cobrança em relação a essas perdas e extravios é incorrer em bi-tributação. Cita jurisprudência. Requer a realização de diligência, a ser realizada pela ASTEC, levando em consideração o critério da similaridade, a análise dos produtos de forma agrupada e as perdas comerciais.

Discorre sobre os princípios da verdade material e da ampla defesa, sustenta que não pode refazer o trabalho da fiscalização no prazo de trinta dias, assevera que cabe ao fisco promover a revisão do Auto de Infração. Faz alusão aos princípios da legalidade, da moralidade e da eficiência administrativa e, em seguida, reitera o seu pedido de diligência a ser realizada pela ASTEC para examinar todos os documentos anexados à defesa. Mais adiante, volta a insistir na realização de diligência pela ASTEC, considerando os equívocos do autuante nas infrações anteriores. Diz que o seu pedido está fundamentado na insuficiência da apuração dos documentos contábeis e fiscais, bem como transcreve dispositivos atinentes aos artigos 137, 145 e 150, todos do RPAF/99.

Ao finalizar, o autuado solicita que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Na informação fiscal, fls. 603 a 619, o autuante, referindo-se à Infração 02, reconhece a procedência parcial da alegação defensiva e elabora uma planilha com os produtos que são utilizados na padaria, considerando a aplicação e o volume da embalagem. Também exclui os produtos destinados ao fardamento dos funcionários e ao uso e consumo do estabelecimento. Após as devidas retificações, o débito desse item do lançamento passa para R\$ 10.789,83.

Quanto à Infração 04, o autuante discorda dos argumentos defensivos atinentes a “Bebidas Lácteas e Leite Aromatizado” e a “Tampico Vale Dourado Plus 1L”, pois, segundo a NCM, esses produtos estavam enquadrados no regime de substituição tributária. Aceita os argumentos da defesa em relação aos produtos “Ameixa Seca”, “Iogurte Danone Liq Activia”, “Lubrificante Íntimo K-Y Gel 50G”, tendo em vista que o primeiro não estava isento do ICMS e os demais não estavam enquadrados no regime de substituição tributária. Elaborou planilha (fls. 610/611) com as exclusões efetuadas, o que reduziu o débito para R\$ 13.000,35.

No que tange à Infração 05, o autuante concorda com a defesa e elabora demonstrativo. O valor do débito passa para R\$ 8.342,80.

Relativamente à Infração 06, o autuante diverge da defesa quanto a chás e temperos (“Produtos da Yoki”), “Limpa Lentes CD e Limpa Vídeo K-7”, pois são produtos tributados normalmente. Acolhe as demais alegações defensivas. Elaborou demonstrativo com as exclusões efetuadas, tendo o débito passado para R\$ 29.272,56.

Quanto à Infração 07, o autuante acata os argumentos defensivos atinentes aos produtos Deo-colônia e Facão Tramontina e não acolhe quanto aos demais. Elabora planilha com a exclusão dos valores indevidos, o débito passa para R\$ 18.671,74.

No que tange à Infração 08, o autuante concorda com a defesa quanto à “Linguixa Perdigão Toscana KG” e aos erros na conversão de embalagens. Refaz a apuração do imposto devido, passando o débito para R\$ 33.535,24. Em seguida, passa a rebater os argumentos do autuado quanto à similaridade de produtos e a perdas e extravios. Sustenta que não há necessidade da realização de diligência, pois todos os argumentos e provas trazidos na defesa já foram analisados, e as correções pertinentes já foram realizadas.

Às fls. 620 a 623, o autuante elaborou um novo demonstrativo de débito, no qual consta um débito total (principal) no valor de R\$ 143.314,67.

Ao ser notificado acerca do resultado da informação fiscal, o autuado volta a se pronunciar nos autos (fls. 631 a 658).

Referindo-se à Infração 02, o autuado afirma que faltou o autuante excluir os seguintes produtos: a) “Mistura Ballerine para Bolo Inglês 10KG” e “Mistura Emulz Broa Mineira 10KG”, consumidos na padaria e na lanchonete do próprio estabelecimento; b) “Almofada p/Carimbo Pilot Azul nº 3” e “Clips Niquelado nº 0 c/100”, usados no consumo interno do estabelecimento; “agendas”, “arranjos de flores”, “árvores de fibra ótica”, etc., que foram excluídos do cadastro da loja e não mais apresentam movimentação de estoque. Requer a homologação dos valores excluídos e a realização de diligência.

Quanto à Infração 04, assevera que o autuante, ao transportar os valores apurados na informação fiscal para o demonstrativo de débito, equivocadamente, manteve a parcela de R\$ 718,71, referente ao mês de novembro de 2004.

No que tange aos produtos “Bebida Láctea e Leite Aromatizado” e “Tampico Vale Dourado Plus 1L”, o autuado não concorda com o resultado da informação fiscal, pois entende que as provas acostadas ao processo na defesa comprovam as NCMs dos produtos e justificam a exclusão desses produtos da autuação. Explica que não está discutindo se a composição dos produtos adotada pelos fornecedores está certa ou errada, mas sim confrontando a NCM prevista na nota fiscal com a NCM constante no RICMS-BA. Diz que manter o argumento do autuante geraria insegurança jurídica. Solicita que sejam homologados os valores já excluídos e pede a realização de diligência.

Em relação à Infração 05, solicita que sejam homologadas as exclusões efetuadas pelo autuante.

Quanto à Infração 06, afirma que ainda persistem cobranças indevidas em relação aos produtos “Yorki Alimentos”, “Salgados”, “Limpa Lentes CD” e “Limpa Vídeo K-7”. Solicita a homologação das exclusões já realizadas e requer a realização de diligência.

Em relação à Infração 07, afirma que, apesar das exclusões efetuadas na informação fiscal, ainda persiste a cobrança de valores que não são devidos. Diz que o autuante não se pronunciou sobre o produtos “Lavadora Wap Alta Pressão”. Sustenta que as provas apresentadas evidenciam a necessidade de se excluir os valores referentes a “Leite Líquido” e a “Leite em Pó”. Requer a homologação dos valores já excluídos e a realização de diligência.

Em relação à Infração 08, diz que o autuante reconheceu a procedência da defesa quanto ao produto “Linguixa Perdigão Toscana KG”, no valor de R\$ 21.301,78, porém, ao refazer a planilha de fls. 618/619, equivocadamente manteve a cobrança. Assevera que não foram analisados os argumentos referentes ao produto “Óleo Soja Primor Pet 900ML” (lançado em duplicidade) e ao erro na conversão de embalagens (conforme tabelas que reapresenta às fls. 649/650).

Diz que o autuante não se manifestou sobre as decisões do CONSEF citadas a defesa. Reitera o pedido de diligência. Repisa argumentos trazidos na impugnação inicial sobre a necessidade da realização da diligência, os quais já constam neste relatório.

Ao finalizar o seu arrazoado, o autuado requer a homologação das exclusões já efetuadas e reitera o seu pedido de diligência.

Às fls. 660 a 665, foram acostados extratos do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) referentes a pagamentos efetuados pelo autuado com o benefício da Lei nº 11.908/10.

Às fls. 667 a 670, o contribuinte volta a se pronunciar nos autos. Nessa oportunidade, afirma que por razões meramente financeiras efetuou o pagamento de parte do débito cobrado no presente Auto de Infração, utilizando o benefício da Lei nº 11.908/10. Diz que, dessa forma, desiste de parte da sua impugnação administrativa. Solicita a homologação da desistência parcial da sua impugnação, conforme detalhado no requerimento de benefício da Lei nº 11.908/10 (fls. 671 a 673).

VOTO

Em sua defesa e pronunciamentos posteriores, o autuado solicita diligência, a ser realizada pela ASTEC do CONSEF, para verificar fatos e provas atinentes às Infrações 04, 05, 06 e 07 e, com mais ênfase, esse pedido de diligência é também formulado para as Infrações 02 e 08.

Inicialmente, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência quanto às Infrações 04, 05, 06 e 07, pois o próprio autuante na informação fiscal acatou praticamente todos os argumentos e provas trazidos na defesa e revisou o lançamento, tendo, inclusive, refeito os cálculos e reduzido os valores originalmente cobrados. Ademais, em relação a essas infrações, o autuado acolheu os valores apurados pelo autuante e efetuou os pagamentos correspondentes.

Quanto ao pedido de diligência para as Infrações 02 e 08, saliento que o apreciarei ao abordar cada uma dessas infrações, pois os argumentos trazidos pelo autuado para fundamentar a sua solicitação tratam de questões que também pertencem ao mérito dos levantamentos quantitativos.

Os débitos referentes às Infrações 01 e 03 foram, expressamente, reconhecidos como procedentes pelo autuado. Os valores cobrados foram pagos com o benefício da Lei nº 11.908/10, conforme extratos do SIGAT às fls. 661 a 665. Dessa forma, não há lide em relação a essas duas infrações, as quais estão devidamente caracterizadas.

A Infração 02 trata de falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 14.151,90, referente a omissões de operações de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2004.

Conforme o demonstrativo de fls. 26 a 35, nesse levantamento quantitativo, o autuante apurou que mercadorias existentes no estoque inicial de 2004 não tiveram movimentação durante o exercício e, no entanto, não constaram no estoque de 31/12/04, caracterizando, assim, omissões de operações de saídas dessas mercadorias.

Apesar de ter adotado uma forma que não é a rotineiramente empregada nos levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, a metodologia utilizada pelo autuante comprova, com segurança, a ocorrência de operação de saída de mercadoria sem registro. Dessa forma, considero válida essa metodologia empregada pelo auditor fiscal – que, diga-se de passagem, não teve a sua forma contestada na defesa.

Indefiro a solicitação de diligência em relação à infração em apreço, pois, na informação fiscal, o autuante já efetuou a quase totalidade das exclusões indicadas na defesa e, caso seja necessário, o próprio julgador poderá fazer outras exclusões, conforme ficará demonstrado mais adiante.

Em sua defesa, o autuado alega que as omissões apuradas são referentes a produtos utilizados na padaria, produtos de uso e consumo do estabelecimento e produtos exc

Na Informação fiscal, o autuante excluiu da autuação os produtos utilizados na padaria e os destinados ao uso e consumo do estabelecimento, no montante de R\$ 3.361,17, conforme a planilha de fls. 604/607, o que reduziu o valor devido para R\$ 10.789,83.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado alega que ainda restam por excluir os débitos referentes a “Mistura Ballerine para Bolo Inglês 10KG”, “Mistura Emulz Broa Mineira 10KG”, “Almofada p/Carimbo Pilot Azul nº 3”, “Clips Niquelado nº 0 c/100” e os atinentes a produtos que foram excluídos do cadastro da loja.

Considerando que o próprio autuante, pessoa que conheceu o funcionamento e os controles adotados pelo estabelecimento fiscalizado, excluiu da autuação as parcelas referentes a produtos empregados na padaria e no uso e consumo do estabelecimento, concordo com o resultado da informação fiscal.

Todavia, sendo coerente com o procedimento adotado pelo autuante na informação fiscal, entendo que também devem ser excluídos do demonstrativo original de fls. 26/35 os débitos referentes aos seguintes produtos, no valor total de R\$ 34,32, conforme a tabela abaixo:

PRODUTOS	ICMS A EXCLUIR
Mistura Ballerine para Bolo Inglês 10KG	R\$ 8,25
Mistura Emulz Broa Mineira 10KG	R\$ 24,09
Almofada p/Carimbo Pilot Azul nº 3	R\$ 0,83
Clips Niquelado nº 0 c/100	R\$ 0,20
Clips Niquelado nº 2/0 c/100	R\$ 0,82
Clips Niquelado nº 6/0 c/50	R\$ 0,13
Total do Débito a Ser Excluído da Infração 03	R\$ 34,32

Não há como atender o pleito defensivo quanto aos produtos que, segundo o autuado, foram excluídos do cadastro da loja e não mais apresentaram movimentação. É que a exclusão de um produto do estoque de um estabelecimento comercial deve ser acompanhada da emissão de nota fiscal, de modo que se possa ajustar o estoque do contribuinte e também efetuar o estorno do crédito fiscal correspondente. Assim, esse pedido do autuado não pode ser atendido, pois carece de prova que lhe dê sustentação.

Dessa forma, a Infração 02 subsiste parcialmente no valor de R\$ 10.755,51 = (R\$ 10.789,83 – 34,32).

A Infração 04 cuida da utilização indevida de crédito fiscal referente a mercadorias isentas ou com o imposto pago por substituição tributária. Foi lançado ICMS no valor de R\$ 15.578,52.

Na defesa, o autuado alega que diversos produtos listados na autuação são tributados normalmente e apresenta as suas comprovações.

Na informação fiscal, o autuante reconhece que o produto “Ameixa Seca” é tributado normalmente, ao passo que o “Iogurte Danone Liq Activia” e o “Lubrificante Íntimo K-Y Gel 50G” não estão enquadrados no regime de substituição tributária. No demonstrativo de débito retificado (fls. 620 a 623) o valor apurado para esse item do lançamento totaliza R\$ 13.719,25.

Acolho o resultado da informação fiscal, pois: a “Ameixa Seca” é tributada normalmente, já que a isenção prevista no art. 14, I, do RICMS-BA, é cabível nas operações com ameixa em estado natural, resfriado ou congelado; conforme os NCMs constantes nas notas fiscais de entrada, os produtos “Iogurte Danone Liq Activia” e “Lubrificante Íntimo K-Y Gel 50G” não estão enquadrado no regime de substituição tributária. Dessa forma, a utilização de crédito fiscal correspondente a esses produtos foi correta.

Ao se pronunciar sobre o resultado da informação fiscal, o autuado questiona o valor cobrado no mês de ocorrência de novembro de 2004, no valor de R\$ 718,71 (fl. 624). O autuado pagou essa parcela nesse exato valor com o benefício da Lei nº 10.789/2003, na forma, concluo que o contribuinte, ao efetuar o pagamento, desistiu de

O autuado também insiste que os produtos “Bebida Láctea e Leite Aromatizado” e “Tampico Vale Dourado Plus 1L” não estão no regime de substituição tributária, conforme as notas fiscais que acostou ao processo. Não concordo com essa tese defendida na defesa, pois esses produtos estão efetivamente enquadrados no regime de substituição tributária, conforme foi sobejamente demonstrado na informação fiscal. Um enquadramento equivocado de um produto na NCM não possui o condão de modificar a sua verdadeira natureza. Em termos de enquadramento no NCM, a segurança jurídica é dada pela efetiva natureza do produto. Ademais, há que se ressaltar que a nota fiscal acostada pelo autuado à fl. 477 (doc. 08) contém destaque do ICMS devido por substituição tributária.

Dessa forma, a Infração 04 subsiste parcialmente no valor de R\$ 13.719,25, conforme consta no demonstrativo de débito de fls. 620/623.

Quanto à Infração 05 – falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 13.909,86, devido por antecipação tributária –, o autuado alega que o auditor fiscal se equivocou na totalização dos valores devidos nos meses de maio, junho, julho e setembro de 2004, que os produtos “Cera e Lustra Móveis” e “Querosene” foram corretamente lançados no mapa de antecipação tributária.

Na informação fiscal, o autuante reconhece a procedência das alegações defensivas e elabora demonstrativo, passando o valor devido para R\$ 8.342,80.

Acolho o resultado da informação fiscal, pois os argumentos defensivos estão devidamente comprovados nos autos, foram pacificamente reconhecidos pelo próprio autuante e o valor apurado foi recolhido pelo autuado com o benefício da Lei nº 11.908/10.

Dessa forma, a Infração 05 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 8.342,80, conforme demonstrativo de débito às fls. 620/623.

A Infração 06 cuida da falta de recolhimento de ICMS, no valor de R\$ 30.012,00, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Na defesa, o autuado alegou que, dentre os produtos listados na autuação, havia produtos isentos e enquadrados no regime de substituição tributária.

Na informação fiscal, o autuante acata parcialmente os argumentos defensivos e elabora demonstrativo, tendo o valor do débito passado para R\$ 29.272,56.

Acolho o resultado da informação fiscal, pois os argumentos trazidos pelo autuado estão comprovados por documentação probante acostada ao processo e, além disso, o valor indicado na informação fiscal foi pago pelo autuado com o benefício da Lei nº 11.908/10.

Dessa forma, a Infração 06 subsiste parcialmente no valor de R\$ 29.272,56, conforme o demonstrativo de débito elaborado pelo autuante às fls. 620/623.

Trata a Infração 07 de recolhimento a menor de ICMS, no valor de R\$ 19.210,17, em razão de erro na aplicação de alíquota. O autuado alegou que havia erros nos arquivos magnéticos enviados, que a alíquota correta do produto “Deo-Colônia” era 17% e que não foram consideradas reduções de base de cálculo em operações internas com diversos produtos.

Na informação fiscal, o autuante acolheu os argumentos defensivos apenas em relação aos produtos “Deo-Colônia” e “Facão Tramontina”. Foi elaborado demonstrativo das exclusões, conforme fls. 615/618.

Nos termos do art. 51, II, “h”, do RICMS-BA, o produto “Deo-colônia” é tributável à alíquota de 25%. Porém, conforme o autuante afirma na sua informação fiscal, os produtos em questão são, em verdade, lavandas, desodorantes corporais e atitranspirantes, os quais são tributados à alíquota de 17%. No caso do “Facão Tramontina”, o referido produto (NCM 8201.90.00) constava no Anexo 6 do RICMS-BA com a redação vigente à época dos fatos e, portanto, fazia j cálculo. Dessa forma, acolho o resultado da informação fiscal, pois es tributária estadual e está respaldado em documentação probante acosta

Ao se pronunciar sobre o resultado da diligência, o autuado questionou o fato de o autuante não ter efetuado todas as exclusões indicadas na defesa, porém, em seguida, o contribuinte efetuou o pagamento do valor apurado na informação fiscal com o benefício da Lei nº 11.908/10.

Dessa forma, a Infração 07 subsiste parcialmente, no valor de R\$ 18.671,74, conforme demonstrativo de débito às fls. 620/623.

A Infração 08 trata da falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis (diversas das tratadas na Infração 02), tendo sido a irregularidade apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias no exercício fechado de 2004.

Em sua defesa, o autuado solicita e reitera com veemência a realização de diligência, a ser realizada por auditor fiscal da ASTEC do CONSEF.

Apesar dos abalizados argumentos trazidos na defesa, a realização de diligência não pode ser vista ou utilizada como uma forma de se fazer uma revisão geral de um procedimento fiscal, pois, dentre as atribuições regimentais da ASTEC (art. 37 do Decreto nº 7.592), não figura essa incumbência. Dessa forma, considero que, além de carecer de amparo legal, não seria razoável se determinar que a ASTEC refizesse todo um procedimento fiscal a fim de comprovar fato que deveria ter sido demonstrado pelo contribuinte.

O autuado, em sua defesa, faz referência à aplicação do “critério da similaridade” no levantamento quantitativo de estoque em questão, bem como solicita a aplicação desse critério. Para embasar seu pleito, o autuado acosta ao processo cópia de acórdãos deste CONSEF e apresenta o demonstrativo de fls. 598 e 599.

Efetivamente, o relator do Acórdão JJF nº 0014-03/08, quando solicitou diligência à ASTEC (fl. 587) pediu que fosse verificado se determinadas mercadorias guardavam “similaridade”. Ao cumprir a diligência, o preposto da ASTEC também fez alusão à “verossimilhança entre as mercadorias” (fl. 589). Todavia, não vejo como considerar essa questão como um critério a ser empregado nos levantamentos quantitativos, pois se trata de uma forma de avaliar as omissões sem qualquer respaldo na legislação aplicável ao caso, especialmente na Portaria 445/98, que trata especificamente da realização de levantamento quantitativo de estoque.

Mesmo admitindo esse “critério da similaridade”, observo que os demonstrativos de fls. 598 e 599, não comprovam a existência de simetria entre as omissões de entrada e de saída de duas espécies de leite em pó e de bacalhau. A divergência nas quantidades das omissões deixa patente a ausência de uma possível similaridade entre os produtos. Ademais, conforme foi bem ressaltado pelo autuante na informação fiscal, as operações de saídas realizadas pelo autuado são computadas por leitores de código de barra e, portanto, não há como dois produtos diversos serem confundidos.

Quanto a um possível agrupamento de mercadorias afins, previsto no inc. III do art. 3º da Port. 445/98, ressalto que esse procedimento só é aplicável quando o fiscalizado não especifica as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria pode ser identificada por mais de uma denominação, ou quando determinada mercadoria comporta vários subgrupos ou diversas referências, o que não restou demonstrado na situação em tela. Ademais, não se pode olvidar que o levantamento quantitativo de estoque realizado foi por “espécies de mercadorias” e, portanto, só excepcionalmente se poderia agrupar mercadoria, o que não é o caso.

Efetivamente as perdas e extravios devem se consideradas na auditoria fiscal de estoques. Porém, essas ocorrências devem estar comprovadas por notas fiscais, emitida regularizar os estoques e, inclusive, para que seja efetuado o correspondente (art. 100, V, do RICMS-BA).

O autuado alega que houve mudança nos códigos dos produtos, porém não há prova dessa alegação. Ademais, mudanças nos códigos de produtos são previstas e devem ser informadas nos arquivos magnéticos apresentados ao fisco. A ocorrência de mudanças nos códigos de produto, por si só, não justifica a realização de diligência.

As decisões deste CONSEF citadas pelo autuado não servem como paradigma para o caso em comento e, além disso, essas decisões não possuem o condão de vincular o presente voto.

Por fim, ressalto que os argumentos e provas trazidos na defesa foram analisados e acolhidos ou rechaçado pelo autuante na informação fiscal. Caso haja mais retificação a ser feita no levantamento quantitativo, o próprio julgador poderá fazer.

Pelo acima exposto e com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, indefiro a solicitação de diligência feita na defesa.

Adentrando no mérito desse item do lançamento, observo que o autuado alega a existência de erro no levantamento quantitativo em relação à “Linguiça Perdigão Toscana KG”, os lançamentos em duplicidade da mercadoria “Óleo de Soja Primor Pet 900ML e aos erros de conversão de embalagens.

Na informação fiscal, o autuante acolhe os argumentos defensivos atinentes à “Linguiça Perdição Toscana KG” e aos erros na conversão de embalagens. Elabora o demonstrativo de fls. 618/619, no qual apura que o débito remanescente desse item do lançamento é de R\$ 33.535,24.

Ao se pronunciar sobre a informação fiscal, o autuado alega que o auditor fiscal acolheu o argumento atinente à “Linguiça Perdigão Toscana KG”, porém não excluiu o valor do levantamento. Sustentou que não foram analisados seus argumentos referentes ao produto “Óleo de Soja Primor Pet 900ML” (lançado em duplicidade) e ao erro na conversão de embalagens.

Ao examinar a informação fiscal, constato que o autuante acertadamente acolheu os argumentos defensivos atinentes à “Linguiça Perdigão Toscana KG” e à conversão das embalagens. No entanto, o autuante não se pronunciou sobre a duplicidade do produto “Óleo de Soja Primor Pet 900ML”, assim como não excluiu do levantamento quantitativo o valor correspondente à “Linguiça Perdigão Toscana KG”. Em relação ao erro decorrente da conversão de embalagens, ao contrário do afirmado pelo autuado, as exclusões foram devidamente efetuadas, conforme se pode constatar no demonstrativo de fls. 618/619.

Acolho o novo demonstrativo efetuado pelo autuante às fls. 681/619 e, do montante ali apurado (R\$ 33.534,24) excludo as parcelas referentes a “Linguiça Perdigão Toscana KG”, no valor de R\$ 21.301,78, e ao “Óleo de Soja Primor Pet 900ML”, no importe de R\$ 956,20, ficando o débito referente a essa infração reduzido para R\$ 11.276,26, conforme demonstrado na tabela abaixo:

Valor apurado pelo autuante na informação fiscal:	R\$ 33.534,24
(-) Menos valor referente à “Linguiça Perdigão Toscana KG”:	R\$ 21.301,78
(-) Menos valor referente ao “Óleo de Soja Primor Pet 900ML”:	R\$ 956,20
= Valor devido na Infração 08:	R\$ 11.276,26

Pelo acima exposto, o Auto de Infração subsiste parcialmente conforme o demonstrativo abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR DEVIDO
01	Procedente	R\$ 4.732,84
02	Procedente em Parte	R\$ 10.755,51
03	Procedente	
04	Procedente em Parte	
05	Procedente em Parte	

06	Procedente em Parte	R\$ 29.272,56
07	Procedente em Parte	R\$ 18.671,74
08	Procedente em Parte	R\$ 11.276,26
VALOR TOTAL DO AUTO DE INFRAÇÃO		R\$ 120.021,26

Voto, portanto, pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 120.021,26, conforme a tabela acima, devendo ser homologados os recolhimentos já efetuados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232954.0002/09-5**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$120.021,26**, acrescido das multas de 60% sobre R\$97.989,49 e de 70% sobre R\$ 22.031,77, previstas no art. 42, incisos II, “a”, “d”, VII, “a”, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

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//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, 20 de setembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR