

A. I. Nº - 206951.0003/07-7
AUTUADO - ATENDE LOGISTICA S/A.
AUTUANTE - GERALDA INES TEIXEIRA COSTA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET 26.04.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0076-05/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS. Exercício de 2005. Infração mantida. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. Constatando-se em um mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração mantida no exercício de 2006. **c)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS/NÃO TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS (2002/2003). MULTA. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Mantida a multa. **d)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provada a existência de aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). Exercício de 2006. Infração parcialmente elidida. **e)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. A empresa adquiriu mercadorias sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Infração parcialmente elidida após as retificações promovidas pelo autuante em razão dos argumentos defensivos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Infração mantida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS FALSOS OU INIDÔNEOS. Infração improcedente. Diligente da ASTEC constata que o procedimento adotado pelo contribuinte está legitimado em documentos fiscais, bem como na sua escrita fiscal. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE ATIVO FIXO. Infração comprovada. 5. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. VENDAS PARA MICROEMPRESAS. Infração não elidida. 6. ACRÉSCIMOS TRIBUTÁRIOS. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS. PAGAMENTO EXTEMPORÂNEO DO IMPOSTO. **a)** FALTA

DE RECOLHIMENTO. **b) RECOLHIMENTO A MENOR.** O pagamento de débito tributário, fora do prazo legal, mesmo espontâneo, está sujeito a acréscimos moratórios. Infrações comprovadas. **7. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE.** Infração elidida após a realização de diligência fiscal efetuada pela ASTEC. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 03/08/2007, exige ICMS e multa, totalizando o valor histórico de R\$ 280.058,27, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. (Valor histórico: R\$ 2.561,91; percentual da multa aplicada: 70%). Exercício de 2005.
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. (Valor da multa fixa aplicada: R\$ 50,00). Exercício de 2005.
3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Exercício de 2006. (Valor histórico: R\$8.767,20; percentual da multa aplicada: 70%).
4. Falta do recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. (Valor histórico: R\$46.278,06; percentual da multa aplicada: 70%). Exercício de 2006.
5. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduz. parcela de tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. (Valor histórico: R\$7.394,46; percentual da multa aplicada: 60%). Exercício de 2006.
6. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, 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. (Valor histórico: R\$ 25.760,12; percentual da multa aplicada: 60%).
7. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. (Valor histórico: R\$ 42.701,70; percentual da multa aplicada: 100%).
8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo

- fixo do próprio estabelecimento. (Valor histórico: R\$53.237,47; percentual da multa aplicada: 60%).
9. Deixou de recolher ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa. (Valor histórico: R\$ 38.386,95; percentual da multa aplicada: 150%).
10. Deixou de recolher os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. (Valor histórico: R\$ 12.511,77; percentual da multa aplicada: 60%).
11. Recolheu a menor os acréscimos moratórios referentes ao ICMS devido, pago intempestivamente, porém espontâneo. (Valor histórico: R\$ 296,76; percentual da multa aplicada: 60%).
12. Efetuou estorno de débito do ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. (Valor histórico: R\$ 42.111,87; percentual da multa aplicada: 60%).

O autuado, por meio de representante legal, ingressa com defesa às fls. 2.767 a 2.780, com suporte nas seguintes alegações:

Em sede preliminar, informa que optou por pagar as prestações pecuniárias das infrações 8, 9, 10, 11, e parte da infração 6, conforme cópia do documento de arrecadação, emitido junto à Inspetoria Fiscal de Vitória da Conquista, devidamente quitada.

Com relação às infrações 1 a 5, assevera que o descaminho apontado pela digna agente, inexiste, tanto na forma, quanto ao conteúdo com que conduzira seu exame, pois, em primeiro lugar, que em se tratando de organização mercantil cujo “mix” de produtos compõe-se de “SKU’s” (Unidade de Manutenção de Estoques) idênticos, tendo como diferencial a marca, como é o caso da empresa, “é *eminente incorrer em erros durante a operação com tais produtos*”, bem como, que são vários os produtos que se modificam somente pelo nome comercial adotado pelo fabricante ou abatedouro. Aduz que a maioria dos produtos que compõem o mix de sua atividade mercantil, estão sujeitos à variação de peso, seja na entrada, na saída, e principalmente na manutenção deste em estoque. Tanto que o INMETRO determina que tais produtos sejam submetidos à pesagem à vista do consumidor.

Explica que este mesmo Instituto criou normas para a comercialização dos produtos oriundos do abate de gado bovino, aves, suíños, dentre outros, pois sujeitos à variação de peso, principalmente pela temperatura a que estiverem submetidos, e que nas condições normais de transporte também ocorrem pequenas perdas no peso do produto.

Exemplifica que no período de 2005, adentrou no estabelecimento, o item “asa de frango”, no volume de 12.470 Kg, e caso as diferenças de “saídas desacobertadas” ou de “entradas desacobertadas” fossem fundidas, a diferença seria de somente 36 Kg, ou seja, 0,288% do volume adquirido.

Assim, questiona se essas diferenças devem prevalecer, mesmo porque o produto encontra-se sujeito à oscilação de peso.

Elaborou quadro sinóptico com a fusão de itens, que têm de diferentes somente o nome comercial, como meio de justificar parte das incongruências encontradas no trabalho fiscal.

Deste modo, ao fundir todos os itens que compreendem o produto asa de frango, as omissões se atenuam, por exemplo os itens “12003” e “148”, possuem diferenças idênticas que se anulam.

O item 12003 corresponde a “asa de frango granel Porto 18 kg” e que o item 148 é “asa de frango granel Rei Frango 18 kg”, os quais, apesar de serem distintos do ponto de vista comercial, concorrem para promover “os desarranjos nos controles internos”.

No que concerne ao procedimento de carga e descarga dos produtos na empresa, a recepção consiste na pesagem do veículo que será descarregado e não das unidades que serão depositadas nos armazéns (câmaras frias). Em seguida, na expedição, todos os produtos, sujeitos a peso variável, ainda que constituídos pelo fabricante de forma padrão, são levados à balança, para fins

de aferição do peso da embalagem que está sendo enviada ao cliente. Aplicando as entradas, saídas, estoques, etc, a uma equação, simplesmente aritmética, na forma que se depreende no trabalho fiscal, a probabilidade de o resultado ser zero, é quase a que se verifica nos jogo de azar. Traz um quadro com os códigos dos produtos, e a descrição, onde aponta que as quantidades inseridas nos estoques, pelo autuante, divergem das registradas no livro Registro de Inventário.

Estes produtos são representados pelos seguintes códigos: 13480, 15261, 11006, 11066, 9172, 222, 14432, 2432, 10509, 17159, 38726, 14435, 58258, 5006, 18862, 36455, 11425, 601, 15500, 10150, 12077, 6632, 72358 e 4011.

Ademais, a auditoria fiscal estaria revestida de vícios, em virtude dos lapsos na transcrição da quantidade existente em estoque no dia 31/12/2005, no livro Registro de inventário, para a base de dados utilizada pelo aplicativo SEFAZ.

Verificou que as diferenças que remanescem, após a fusão dos produtos, é mínima, e tal conclusão pode ser analisada através do demonstrativo que formatou para elucidar o seu discurso. Outro fato é que o autuante desconsiderou que o Departamento de Inspeção de Produtos de Origem Animal, órgão vinculado ao MAPA, admite até 6% de absorção de água no processo de congelamento do produto.

A respeito da infração 06, o lançamento caracterizado na forma deste item, reveste-se de excesso de zelo, e que o imposto devido pela entrada das mercadorias relativas à Nota Fiscal nº 1824, conforme consta dos autos, está devidamente recolhido, conforme se depreende do DAE, que faz juntada, e anula o referido lançamento.

Com relação à infração 7, alega que o autuante, “insensatamente”, glosou os créditos oriundos dos documentos fiscais inerentes às reclassificações de produto (1.926), mantendo o débito do imposto relativo ao documento fiscal que deu origem à nota de entrada do produto segregado ou aglutinado, conforme a conveniência do momento, informando que todos os documentos estão gravados pelo CFOP X.926.

No que tange à infração 9, informa que parte do montante exigido pelo fisco fora recolhido, ainda que de forma equivocada, pois o contribuinte fez emitir um único Documento de Arrecadação Estadual (DAE), contemplando vários períodos de apuração, que anexa, assim como a relação dos documentos fiscais a que se refere tal recolhimento, fazendo-se mister proceder à anulação do lançamento.

Quanto à infração 12, a empresa tem como prática a remessa de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária a contribuintes localizados em outras unidades da federação (sic), ensejando assim o direito de ressarcimento do imposto recolhido ao erário público baiano, sob a hipótese de que este produto não ultrapasse as fronteiras deste Estado. Salienta que tal ressarcimento fora procedido, sob os ditames do artigo 368 do RICMS/BA e, ainda nessa seara, afirma que a ação fiscal não apresenta evidências do cometimento de erro pela empresa, que apurou a parcela do ICMS/ST na forma prevista no artigo 374 do RICMS/BA.

Ante o exposto, propugna pela improcedência do presente Auto de Infração.

A autuante presta informação fiscal, fls. 3.175 a 3.180, nos seguintes termos:

Primeiramente, com relação ao levantamento de estoques, salienta que a auditoria não pode reunir produtos que estão devidamente qualificados, tanto nos arquivos magnéticos, quanto no livro Registro de Inventário, sob pena de maiores erros. Salienta que o autuado teve todas as oportunidades para corrigir seus arquivos, sendo concedido o prazo de 30 dias para fazê-lo. Intimações de fls. 15 e 16, 11 e 13 do PAF.

Ademais, o demonstrativo apresentado na defesa, fl. 2775, é confuso e nem mesmo o exercício a que se refere foi identificado, como também a indicação do código dos produtos está errada.

A despeito disto tudo, a autuante analisou os questionamentos da empresa e elaborou novos demonstrativos.

Aponta que na peça defensiva, há confusão na denominação dos produtos como segue:

- a) O produto de código 13480 é almôndega bovino Sadia e não apresuntado lanche Estrelanche como afirma a defesa;
- b) A mercadoria código 222 é coxa c/sobrecoxa granel Rei Frango Sadia 18 Kg, e não LT Real de 20 Kg.
- c) O produto 14432, não se trata de dobradinha, e sim de coxão mole e o estoque de 2005 é de 250 unidades e está correto.
- d) O produto 2432 é fiambre Kitut e não fígado bovino como afirma a impugnação o estoque final registrado em 2005 foi zero e está correto e não 270. Portanto, não procedem as alegações da defesa;
- e) O produto de código 10509 é frango congelado Guibom e não frango Inatura.
- f) A mercadoria de código 14435 é lagarto Bovino, e não lasanha Balonesa e o estoque registrado é de 75 unidades e está correto, fls. 2748 do PAF.
- g) O produto de código 5060 é linguiça de Frango Bom Assado e não Linguiça de Metro Palitus, e o estoque de 2005 e 2006 é zero e está correto, conforme registro de Inventário, fls. 2748 a 2761 do PAF.

Todavia, reconhece que alguns produtos apontados pelo autuado estavam realmente com as quantidades, para os estoques inicial e final, equivocadas, comunica que já realizou as respectivas correções, como é o caso dos produtos de códigos 222, 11425, 601, 12077, 6632, 4011, dentre outros. Em contrapartida, sustenta a procedência do levantamento para os produtos de códigos 72358, 58258, 18862, dentre outros, consoante o livro Registro de Inventário de fls. 2.748 a 2.761 do presente PAF.

Após as devidas alterações, apresenta novos valores para as infrações de 1 a 5, quais sejam:

- a) Infração 1 – Passa de R\$ 2.561,91 para R\$ 2.561,57 no ano de 2005; de R\$ 15.071,36 para R\$ 11.273,51 em 2006; que não foi cobrada porque a omissão de entrada foi maior.
- b) Infração 2 – Mantida, por se tratar de multa formal;
- c) Infração 3 – Majoração para R\$ 8.932,19;
- d) Infração 4 – Redução de R\$ 46.278,06 para R\$ 43.459,22;
- e) Infração 5 – Redução em 2005 de R\$ 452,75 para R\$ 416,03; e em 2006, de R\$ 6.941,71 para R\$ 6.293,36.

Ressalta que todos os equívocos cometidos por esta auditoria, ocorreram principalmente devido à irregularidade na escrita do livro Registro de Inventário (fora de ordem e sem códigos), completamente em desacordo com o que estabelece o art. 330 do RICMS. Além do fato de o contribuinte não ter tido apresentado o Registro 74 no arquivo magnético.

Com relação à infração 6, foi alegado que a Nota Fiscal nº 1824 está lançada, porém o contribuinte não anexou o comprovante do pagamento do imposto (fl. 2834 a 2842).

Na infração 7, informa que as notas fiscais relacionadas foram emitidas para controle interno, não gerando direito a crédito, por não se tratarem de compras realizadas pela empresa.

Ademais, os produtos são adquiridos em Minas Gerais, com alíquota de 7%, quando são emitidas notas de entradas a alíquota aplicada é de 7%, conforme Termo de Acordo nº 7799/2000, do qual o autuado é signatário, como pode ser observado nos documentos de fls. 1828 a 1934 (amostragem).

Em suma, aduz que o livro RAICMS está escriturado de maneira totalmente irregular, fls. 2487 a 2505, e ressalta que o autuado possui direito ao crédito das “compras das mercadorias tributadas”, cabendo ao mesmo pleitear este direito, ao invés de se beneficiar de crédito irregular.

Quanto à infração 9, relativo às vendas realizadas a contribuintes não inscritos, aponta que o documento de fls. 2846 (DAE de arrecadação), é referente ao mês 02/2007, e foi recolhido em 13/08/2007. Portanto, não está relacionado com o período fiscalizado, conforme Extrato de Pagamento anexo a essa informação.

Por derradeiro, no que concerne à infração 12, foi reclamado o ICMS referente ao ressarcimento a maior (estorno de débito), efetuado pelo autuado, quando das saídas para outro Estado, de

mercadorias já sujeitas à antecipação. Ocorre que o demonstrativo de fls. 2347 a 2381, trata de saídas de mercadorias tributadas, não estando sujeita e nenhum ressarcimento. Como a empresa se creditou em valor superior ao debitado, conforme RAICMS, (fls. 2487 a 2505), a soma de todo o ICMS debitado nas saídas para outras unidades da Federação perfaz R\$ 88.880,25, no período de 11/2005 a 12/2006, e foi estornado R\$ 104.627,50. Em face do exposto foram relacionadas todas as saídas do código 6102, de mercadorias tributadas e cobrado o ICMS no valor de R\$ 42.111,87. Logicamente, para haver ressarcimento, o imposto deve ter sido pago, mas o contribuinte “preferiu estabelecer seus próprios critérios de compensação”.

Em face do exposto, opina pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

Após ser cientificado da informação fiscal, o contribuinte apresenta nova manifestação, fls. 3262 a 3265, na qual reclama da ampliação do valor da infração 3, reitera o pedido de improcedência das infrações 7 e 12, e requer a realização de perícia e diligência, como forma de apurar a verdade dos fatos. Formula os seguintes quesitos:

- 1) Depreende-se do relatório Demonstrativo de Cálculo das Omissões, elaborado pelo agente de fiscalização, o apontamento de entradas, saídas e a manutenção em estoque de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais. Se aglutinarmos a movimentação dos produtos idênticos, divergentes somente na marca (ex. asa de frango), quais as diferenças de estoque efetivamente verificadas?
- 2) É possível identificar na movimentação dos produtos idênticos – divergentes somente na marca (ex. asa de frango) – se foram identificadas quantidades idênticas, caracterizadas ora como “entradas desacobertadas”, ora como “saídas desacobertadas”?
- 3) Quais as operações praticadas pela impugnante que a levam a se apropriar de ICMS de produtos sujeitos ao regime de substituição tributária? (infração 12).
- 4) O contribuinte creditou-se de ICMS destacado nos documentos fiscais emitidos para reclassificação de produtos (agregação ou disagregação de Kits). É emitida uma nota fiscal de saída para reclassificação? Se sim, em ambos os documentos fiscais (saída e entrada) estão destacados o ICMS? Se sim, o contribuinte na nota fiscal de saída para reclassificação, debitou-se do ICMS?
- 5) Relativamente ao item 4, se o contribuinte debitou-se do ICMS originário da nota fiscal de saída para classificação, que lhe é de direito creditar do ICMS destacado no documento fiscal emitido sob a natureza “entradas por cota de reclassificação”?
- 6) Os valores dos documentos fiscais emitidos para reclassificação de produtos (um para saída e outro para entrada), são diferentes, ou têm o mesmo valor?

Afinal, indica contador como assistente técnico, na realização da perícia.

Consta nas fls.3269/3271, planilha de “Detalhes do Pagamento”, efetuado pelo contribuinte, planilha constante do sistema desta SEFAZ.

A 4ª JJF diligenciou o PAF à inspetoria de origem, para que o autuante esclarecesse questões referentes às infrações 7 e 12, pois quanto à infração 7, a defesa justifica que seu procedimento operacional encontra-se amparado nos registros fiscais, de saídas e de entradas, consequentemente, levados a compor a apuração do saldo do imposto no livro Registro de Apuração de ICMS. Afirma que tais créditos são oriundos de documentos fiscais inerentes às reclassificações de produtos (1.926), e junta cópias de documentos fiscais emitidos no período auditado, gravados com CFOP X.926.

No demonstrativo de fls. 1825 a 1827, o autuante relacionou as notas fiscais que foram emitidas pelo contribuinte para reclassificação do produto, a exemplo da Nota Fiscal nº 53, fl. 1828. Diante disso, foi solicitado o esclarecimento se o contribuinte emitiu nota fiscal de reclassificação de produto, e se lançou o valor correspondente aos créditos a débito no RAICMS.

Quanto à infração 12, na qual está apontado o estorno de débito em desacordo com a legislação, esta relatora verificou que o demonstrativo de fl. 2347 indica por ex., estorno de crédito no mês de janeiro no valor de R\$ 194,00. No livro Registro de Apuração, no mês de janeiro, fl. 2490, não consta nenhum estorno.

Da mesma forma, no mês de dezembro, fl. 2501, o RAICMS indica ressarcimentos de operações para outros Estados, no valor de R\$ 104.627,50. Entretanto, no demonstrativo de fl. 2376 a 2381, está indicado o valor de estorno de R\$ 2.449,25.

Assim, os estornos efetuados pelo autuante, foram, no mês de outubro, no valor de R\$ 1.761,97, fl. 2372; mês de novembro, R\$ 14.215,63, fl. 2376 e no mês de dezembro, R\$ 2.449,25, fl. 2381.

Diante deste relato, foi solicitado o esclarecimento, nesses meses e nos demais, com a mesma ocorrência, de qual foi a base para a cobrança do ICMS exigido.

Em atendimento ao quanto solicitado na diligência, o autuante esclareceu, fls. 3274/3276:

Infração 7: O contribuinte se creditou do imposto total (das mercadorias com tributação normal), quando das aquisições de mercadorias provenientes de Minas Gerais com alíquota de 7%.

Depois que a mercadoria já havia entrado no estabelecimento, aqui na Bahia, o autuado emitiu outras notas fiscais de entrada, que não dão direito a crédito, para desdobramento das mercadorias em Kit, principalmente as tributadas com alíquota de 10% e se creditou. A empresa é signatária do Termo de Acordo 7799/2000, redução de base de cálculo que equivale a alíquota de 10%. Depois estornou o crédito de 7%, e somente nessa operação a empresa está majorando o crédito em 3%, além de se creditar do imposto substituído.

Informa que o contribuinte tem direito ao crédito de 7%, sobre as compras das mercadorias tributadas, mas como se trata de um volume muito grande de notas, além de não ter como identificar a que nota de aquisição a mercadoria realmente pertence, e se o preço aplicado nesses documentos, realmente corresponde ao preço de compras. Diante da impossibilidade de fazer os cálculos corretos, tomou a decisão de glosar o crédito proveniente dos documentos inidôneos. Posteriormente o autuado poderá pleitear o crédito no valor a que tem direito. Diz que o livro RAICMS, fls. 2487 a 2505, está todo escruturado de forma irregular.

Com referência à infração 12, inicialmente, quer esclarecer que não houve estorno de crédito, e sim de débito a maior. No demonstrativo de fl. 2347, trata-se de saídas de mercadorias tributadas não estando sujeitas a nenhum ressarcimento.

Na verdade o estorno foi feito de uma só vez, em dezembro de 2006, no valor de R\$ 104.627,50, que corresponde a todo o ICMS debitado no período de novembro de 2005 a 2006, fls. 2488 a 2505, sobre as saídas para outra unidade da Federação, das mercadorias com tributação normal e substituída. Ocorre que o contribuinte tem direito apenas ao estorno do débito referente à mercadoria substituída, no valor de R\$ 62.515,88, e usou o crédito no valor de R\$ 104.627,50, e a diferença corresponde a R\$ 42.111,87. No demonstrativo de fls. 2347 a 2381, foram relacionadas às vendas tributadas, mês a mês, e o ICMS cobrado de acordo com o mês de ocorrência. Opina pela procedência parcial do Auto de Infração, face às reduções das infrações 1, 4 e 5.

Após o contribuinte ter sido cientificado do resultado da diligência, fls. 3279/3281, este vem aos autos, (fls. 3286/3289), e aduz que se a conduta relacionada na infração 7 foi atípica, não prevista na legislação, inexiste infração que a ela se enquadre, descabida a aplicação de penalidade qualquer, princípio da estrita legalidade.

Diz que o agente autuante admite a existência de crédito em favor do contribuinte, mas, de forma injustificada, desconsidera tais créditos, sob o argumento de que “*se trata de um volume muito grande de notas*”, alegando ainda que a escrita fiscal do autuado estaria irregular. Cumpriria então à fiscalização, declinar quais seriam as irregularidades, o que não se vislumbra, quer no AI, quer na manifestação de fls. 3274 e seguintes.

Repisa que o suposto débito não existe, nada mais sendo do que fruto de equívoco no aplicativo de processamento de dados, sem qualquer implicação no que se refere ao recolhimento de ICMS. Depreende-se do fato em questão, que o contribuinte ao proceder à entrada simbólica dos Kits, oriundos da segregação de embalagens originais do fabricante, também dera saída “simbólica” das quantidades necessárias à formação de um novo estoque de produtos, diga-se idênticos, porém diferentes quanto à apresentação e embalagem. Note-se que o crédito expropriado pela auditora tem valor idêntico ao débito originário da saída simbólica que veio a dar origem ao referido débito.

Aduz que se depreende no RAICMS, que para todos os créditos alocados sob o CFOP 1.926, existe débito de igual valor alocado sob o CFOP 5.926. Reitera que em seu procedimento operacional, os registros contábeis do contribuinte, de fato, contemplam a emissão de uma nota fiscal de saída do produto aglutinado para cada nota fiscal de entrada, resultado da segregação do produto até então aglutinado em uma única embalagem. Em ambas as notas fiscais ocorre destaque do ICMS. Tais valores, ora representados por crédito pelas entradas, ora por débito pelas saídas, são levados a registro, não alterando o saldo do imposto a recolher, consoante documentação já acostada aos autos, toda ela gravada pelo CFOP X.926, a permitir sua perfeita identificação, ao contrário do alegado pela auditora fiscal.

Quanto à infração 12, o procedimento empregado nada mais é do que a materialização da prerrogativa de ressarcimento do imposto recolhido a título de substituição tributária; art. 150 § 7º da CF, uma vez remetendo determinada mercadora, sujeita à substituição tributária na Bahia, para outra unidade da Federação, o fato gerador presumido não se realizou, o que enseja direito ao ressarcimento, a ser apurado na forma do art. 374 do RICMS/97.

Afirma que não se vislubra, quer no relatório fiscal quer na manifestação ora impugnada, demonstração de que o imposto a ser ressarcido não o tenha sido na forma dos dispositivos legais apontados, mesmo porque não tendo interpretado corretamente fenômeno jurídico tributário, a fiscalização, afirma erroneamente, que se estaria diante de “estorno de débito”. Afinal arremata que pela precariedade do trabalho fiscal, ou pela propriedade do procedimento do contribuinte, não podem prosperar as alegações trazidas na manifestação de fl. 3273 do PAF.

Requer a concessão de prazo para juntada do instrumento de nomeação de preposto.

Na sessão de julgamento, a 4ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC para o esclarecimento das questões: (3318 a 3320).

INFRAÇÃO 7 – Que fosse constatada a efetividade dos lançamentos na escrita do contribuinte, de modo que os créditos lançados tenham sido, de fato anulados, pelas saídas das mercadorias, haja vista que na peça de defesa foram juntadas as notas fiscais, fls. 2943/3170, para comprovar as saídas das mercadorias. Ocorre que, na sessão de julgamento o contribuinte apresentou levantamento, para comprovar que para os créditos lançados, por meio de notas fiscais de entradas, CFOP 1.926, foram emitidas notas fiscais de saídas e efetuados os lançamentos a débitos, CFOP 5.926.

INFRAÇÃO 12 – Foi solicitado que o contribuinte fosse intimado para apresentar demonstrativo com indicação das notas fiscais que geraram o ICMS pago por substituição tributária, cujas operações não teriam sido realizadas, e que teria direito ao ressarcimento do imposto normal e substituído, em conformidade com o art. 374 do RICMS/BA.

Apontamos que o autuado procedeu à juntada de documentos de fls. 2848 a 2942, mas que seria preciso referendar a origem desse levantamento, junto às notas fiscais que teriam originado o estorno de débito.

Em atendimento ao pedido de diligência, foi elaborado o Parecer ASTEC nº 087/2009, de fls. 3322 a 3326, no qual estranho ao feito presta os seguintes esclarecimentos:

O contribuinte ao ser intimado indicou como assistente técnico Sr. Jonas Eduardo Panza Oliveira, que acompanhou os trabalhos realizados, na sede da empresa em Vitória da Conquista.

Relata a infração 7 e conclui que, da análise da planilha demonstrativa de fls. 3328/3329, o contribuinte consigna as notas fiscais de entradas e de saídas referidas nessa operação e que totalizam o valor histórico autuado de R\$ 42.701,68. Da análise deste demonstrativo, com base nas notas fiscais de entradas e saídas apresentadas, constatou a regularidade do procedimento. Os documentos fiscais foram emitidos e lançados na escrita fiscal do autuado. Para cada nota de entrada emitida, com CFOP 1.926, lançada a crédito, existe uma de saída com CFOP 5.926, lançada a débito, anulando tais lançamentos, conforme cópia de notas fiscais de entradas e saídas e de folhas dos respectivos livros fiscais, que anexou por amostragem, (fls. 3330/3407).

Quanto à infração 12, em que é imputado ao contribuinte estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação, por referir-se a saídas de mercadorias tributadas para outras

unidades da Federação, o autuado alega que não se trata de estorno de débito, e sim do uso da prerrogativa dada pelo art. 368 do RICMS/97, de ressarcimento do imposto recolhido a título de substituição tributária, visto que foi recolhido, e o fato gerador presumido não se realizou, tendo apurado os valores na forma do art. 374, inciso III do citado regulamento.

O contribuinte elaborou um relatório descritivo do procedimento adotado, referente a tais valores, conforme anexo, fls. 3408/3417. Apresenta demonstrativo abrangendo o período de novembro de 2005 a dezembro de 2006, relativo às entradas de mercadorias constantes da substituição tributária, fls. 3418/3483, apuradas mensalmente, onde consigna número da nota fiscal, produto, fornecedor, CFOP, Unidade Federada de onde foi remetido o produto, além do cálculo demonstrando o valor devido por substituição tributária. Da mesma forma, apresenta planilha demonstrativa, referente saídas para outros Estados, de produtos que tiveram a substituição tributária recolhida nas entradas, com os respectivos cálculos do ICMS creditados a título de ressarcimento (fls 3484/3574). Da análise das planilhas supracitadas, com vista nos documentos fiscais, o diligente constatou:

- a) As notas fiscais estão devidamente escrituradas nos livros fiscais do autuado. Relativo às notas de saídas, todas foram destinadas a Unidades da Federação diversas do Estado da Bahia. Anexou cópias por amostragem (fls. 3575/3577). Os produtos ali consignados sofreram tributação na entrada pelo regime de substituição tributária, de acordo com RICMS/97. O autuado apresenta guias de recolhimento do imposto. Anexou cópias do Livro de Apuração de ICMS, referentes ao período acima referido, conforme anexo, fls. 358/3601.
- b) Os valores apurados no período totalizaram R\$ 104.627,60, conforme demonstrativo de fl. 3325.
- c) O autuado emitiu uma Nota Fiscal nº 52217, em dezembro de 2006, cópia anexa, fl. 3578, lançada em sua escrituração fiscal a título de ressarcimento de ICMS/ST. O cálculo de tais valores foi realizado, conforme descrito no relatório fls. 3416/3417, e estão de acordo com o regulamento no art. 3745, inciso VI do RICMS/BA.
- d) Referente à planilha elaborada pela autuante intitulada “Demonstrativo de Débito (estorno feito a maior – Mercadoria Tributada)” fl. 2347, o contribuinte comprova que tais produtos, que estão sujeitos à tributação normal, não compõem valores referentes ao ressarcimento ICMS/ST, conforme se depreende dos demonstrativos anexos, fls. 3484/3574. Para aqueles produtos foram emitidas as respectivas notas fiscais e destacado o valor do ICMS correspondente, devidamente registrado em seu livro de Saídas, que anexou por amostragem. (fls. 3579/3583).

Em conclusão, na infração 7, o diligente constatou a efetividade dos lançamentos realizados pelo contribuinte em sua escrita fiscal, de modo que todos os créditos lançados referentes às notas fiscais de entradas com CFOP 1.926, tiveram valores correspondentes lançados a débito, referentes às saídas de mercadorias com CFOP 5.926.

No que concerne à infração 12, verifica-se que o valor estornado pelo contribuinte, corresponde ao ICMS retido por substituição tributária, cuja operação não se realizou, considerando que destinou mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária a contribuintes localizados em outras unidades da Federação. Comprovou-se ainda que mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal, não fezeram parte do cálculo realizado pelo contribuinte, a título de ressarcimento do ICMS/Substituição Tributária.

O contribuinte e a autuante ao serem cientificados do resultado da diligência não se manifestaram.

Consta extrato do SIGAT, fls. 3606, no qual acusa o pagamento de parte do Auto de Infração, no valor histórico de R\$ 156.061,53. (mesmo valor do extrato anterior).

Na sessão de julgamento realizada em 03 de novembro de 2009, diante dos argumentos trazidos pelos patronos da empresa autuada, esta 5ª JJF diligenciou à ASTEC/CONSEF, com relação às infrações 1,2, 3, 4 e 5, para que fossem verificadas as seguintes questões: (fls. 3612/3613).

O contribuinte argumentou que se o levantamento quantitativo de estoques fosse efetuado de forma agrupada, ou por gênero, as diferenças apuradas seriam mínimas. Em relação ao produto

“asa de frango”, apontou omissões de 36 Kgs, que perfaz 0,28% do volume adquirido. Para sustentar suas argumentações, apresentou “demonstrativo de cálculo das omissões”, fls. 2798 a 2818, com o valor das omissões de saídas, após o agrupamento de todos os itens que compuseram o levantamento quantitativo de estoques.

Diante destes argumentos, foi solicitado ao órgão revisor que o diligente confrontasse o levantamento fiscal, com os demonstrativos gerados pelo contribuinte, adotando a metodologia de “agrupamento dos itens”. Neste caso, que o contribuinte apresente a documentação que deu respaldo aos demonstrativos anexados na defesa.

Em cumprimento ao solicitado, o diligente elaborou o Parecer ASTEC nº 050/2010, fls. 3615 a 3617, no qual salientou que as infrações 01 a 05 foram alvo de uma diligência solicitada à INFAZ de origem, realizada pela própria autuante, que, em razão de argumentos da defesa, sanou equívocos da autuação original, relativos a quantidades registradas no livro de Inventário. Tal procedimento, descrito em informação fiscal, fls. 3175/3180, resultou em demonstrativos das omissões que alteraram valor do crédito reclamado (fls 3181/3255). De posse dos livros e documentos fiscais disponibilizados, e com base nos demonstrativos elaborados pelo autuante, fls. 3181/3255, comparou as planilhas apresentadas pelo recorrente, anexas ao processo, fls. 3621/3641, e constatou:

a) Da utilização de códigos com descrição diversa da utilizada na autuação (entre outros):

- CÓDIGO 609 – No auto – Peixe filé de merluza argentina (fl. 3181) - Autuado – Filezinho peito de frango congelado (fls. 3623);
- CÓDIGO 10016 – No auto – Apresuntado lanche estrelanche (fl. 3181) - Autuado – Apresuntado lanche Sadilar/ 3,5 Kg (fl. 3621);
- CÓDIGO 11017 – No auto – Afiambrado estrela, cx, 6 x 2,5 Kg (fl. 3181) - Autuado – Almondega bovina Sadia – cx 500 gr (fl. 3621);
- CÓDIGO 14435 – Auto – Lagarto bovino 25 Kg Friboi – (fl. 3181) - Autuado - Lasanha bolonhesa T.sabor 600 gr (fl. 3623);
- CÓDIGO 14432 – No auto – Coxão Mole bovino Friboi 25 Kg (fl. 3193) - Autuado – Dobradinha 12 Kg – Friboi – (fl. 3623);
- CÓDIGO 2432 – No auto – Fiambre Kitut – 24 x 320 gr (fl. 3190) - Autuado – Fígado completo avebom, 18 Kg (fl. 3623)

b) Produtos que fazem parte do agrupamento por gênero realizado pelo autuado, com código diverso do utilizado pelo fiscal autuante:

- CÓDIGO 221 – Coxa c/sobre coxa congelada Rei Frango 18 Kg (fl. 3186) - Não existe este código no agrupamento feito pelo autuado (f. 3622), que atribui o código 11424 para tal produto.
- CÓDIGO 72876 – Frango Congelado Sadia 18 Kg (fl. 3185). No agrupamento feito pelo autuado consta “Frango Lt Real 20 Kg”, para este código e não existe o “frango Congelado Sadia 18 Kg”. (fl. 3623)

c) O recorrente não dá um tratamento uniforme ao agrupamento por itens, para os exercícios fiscalizados:

Para o exercício de 2005 agrupa o produto “linguiça”, (fl. 3624);

Este produto não sofreu agrupamento no exercício de 2006 (fl. 3635).

Conclusão: Ante o exposto, confrontando as planilhas demonstrativas de Cálculos das Omissões, (fls. 3621/3641), elaboradas pelo autuado, com as planilhas do levantamento fiscal, (fls. 3181/3255), concluiu que adotando a metodologia de “agrupamento por itens”, seria imprescindível que se refizesse a ação fiscal para possibilitar a real confirmação dos códigos dos produtos que fazem parte do levantamento de origem, além da determinação do preço médio das mercadorias que seria alterado em consequência de tal agrupamento.

A empresa autuada, científica do resultado da diligência não se manifestou,

VOTO

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 8, 9, 10 e 11, estando fora da lide e ficam mantidas. Quanto à infração 06, foi reconhecida em parte e será apreciada a seguir.

O autuado em sua peça de defesa inconformado com a autuação, referente ao levantamento quantitativo de estoques, que abrange as infrações 1 a 5, alega a ocorrência de perdas no peso do produto, decorrentes de congelamento e de descongelamento, que associado ao volume transacionado expressa algo que venha a convencer outrem da hipótese de descaminho, bem como no procedimento de carga e de descarga dos produtos, relativos ao abate de frango. Reclama, também, que vários produtos que apresentam omissão de entradas ou de saídas, se fusionados, quando não se anulam, se atenuam expressivamente.

Em virtude de os estoques iniciais e finais estarem com quantidades incorretas, conforme foi alegado na peça de defesa, a autuante efetuou as devidas correções, e elaborou novos demonstrativos de débito, onde os valores das infrações 1 a 5 passaram a ser:

- a) Infração 1 – Passa de R\$ 2.561,91 para R\$ 2.561,57 no ano de 2005; de R\$ 15.071,36 para R\$ 11.273,51 em 2006;
- b) Infração 2 – Mantida, por se tratar de multa formal;
- c) Infração 3 – Majoração para R\$ 8.932,19;
- d) Infração 4 – Redução de R\$ 46.278,06 para R\$ 43.459,22;
- e) Infração 5 – Redução em 2005 de R\$ 452,75 para R\$ 416,03; e em 2006, de R\$ 6.941,71 para R\$ 6.293,36.

A autuante esclareceu que todos os equívocos cometidos ocorreram, principalmente, devido à irregularidade na escrita do livro Registro de Inventário (fora de ordem e sem códigos), completamente em desacordo com o que estabelece o art. 330 do RICMS/97. Destaca que também não fora apresentado o Registro 74 no Arquivo Magnético.

O contribuinte, inconformado com o resultado acima, reclama a aglutinação da movimentação dos produtos idênticos, divergentes somente na marca, por exemplo, “Asa de frango”, e apresenta uma série de produtos que entende serem similares.

Diante destes argumentos, foi solicitado ao orgão revisor que o diligente confrontasse o levantamento fiscal, com os demonstrativos gerados pelo contribuinte, adotando a metodologia de “agrupamento dos itens”. Neste caso, requereu-se que o contribuinte apresentasse a documentação que deu respaldo aos demonstrativos anexados na defesa.

Em cumprimento ao solicitado, o diligente elaborou o Parecer ASTEC, fls. 3615 a 3617, no qual salientou que as infrações 1 a 5 foram alvo de uma diligência, solicitada à Infaz de origem, realizada pela própria autuante, que, em razão de argumentos da defesa, sanou equívocos da autuação original, relativos às quantidades registradas no livro Registro de Inventário. Tal procedimento, descrito na informação fiscal, fls. 3175/3180, resultou em demonstrativos das omissões que alteraram valor do crédito reclamado (fls 3181/3255). De posse dos livros e documentos fiscais disponibilizados, e com base nos demonstrativos elaborados pela autuante, fls. 3181/3255, a diligente comparou as planilhas elaboradas pelo recorrente, anexas ao processo, fls. 3621/3641, e constatou o que segue:

- a) Da utilização de códigos com descrição diversa da utilizada na autuação (entre outros):
 - CÓDIGO 609 – No auto – Peixe filé de merluza argentina (fl. 3181) - Autuado – Filezinho peito de frango congelado (fls. 3623);
 - CÓDIGO 10016 – No auto – Apresuntado lanche estrelanche (fl. 3181) - Autuado – apresuntado lanche Sadilar/ 3,5 Kg (fl. 3621);
 - CÓDIGO 11017 – No auto – Afiambrado estrela, cx, 6 x 2,5 Kg (fl. 3181) - Autuado – Almondega bovina Sadia – cx 500 gr (fl. 3621);
 - CÓDIGO 14435 – Auto – Lagarto bovino 25 Kg Friboi – fl. 3181) - Autuado - Lasanha bolonhesa T.sabor 600 gr (fl. 3623);

- CÓDIGO 14432 – No auto – Coxão Mole bovino Friboi 25 Kg (fl. 3193) - Autuado – Dobradinha 12 Kg – Friboi – (fl. 3623);
- CÓDIGO 2432 – No auto – Fiambre Kitut – 24 x 320 gr (fl. 3190) - Autuado – Fígado completo Avebom, 18 Kg (fl. 3623)

b) Produtos que fazem parte do agrupamento por gênero realizado pelo autuado, com código diverso do utilizado pelo fiscal autuante:

- CÓDIGO 221 – Coxa c/sobre coxa congelada Rei Frango 18 Kg (fl. 3186). Não existe este código no agrupamento feito pelo autuado (f. 3622), que atribui o código 11424 para tal produto.

- CÓDIGO 72876 – Frango Congelado Sadia 18 Kg (fl. 3185). No agrupamento feito pelo autuado consta “Frango Lt Real 20 Kg”, para este código e não existe o “frango Congelado Sadia 18 Kg”. Fl. 3623.

c) O recorrente não dá um tratamento uniforme ao agrupamento por itens, para os exercícios fiscalizados:

Para o exercício de 2005 agrupa o produto “linguiça”, fl. 3624;

Este produto não sofreu agrupamento no exercício de 2006 (fl. 3635).

Conclui a diligente que, no confronto das planilhas demonstrativas de cálculos das Omissões, fls. 3621/3641), elaboradas pelo autuado, com as planilhas do levantamento fiscal, fls. 3181/3255), para adotar a metodologia de “agrupamento por itens”, seria imprescindível que se refizesse a ação fiscal para possibilitar a real confirmação dos códigos dos produtos que fazem parte do levantamento de origem, além da determinação do preço médio das mercadorias que seriam alterados em consequência de tal agrupamento.

Analizando as razões de defesa, e o resultado da última diligência, ressalto que ficou demonstrado que não há vinculação entre os códigos e os produtos apresentados pelo autuado, no cotejo com os códigos listados no levantamento quantitativo de estoque original.

Cabe esclarecer que o levantamento quantitativo de estoques, é um procedimento fiscal, uniformizado pela Portaria nº 445/98, destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como ponto de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como sua expressão monetária.

O art. 3º da citada Portaria, destaca que este tipo de auditoria requer os seguintes cuidados:

I – criterioso rigor na quantificação das mercadorias, considerando-se o estoque inicial, as quantidades entradas e as quantidades saídas e o estoque final, relativamente a cada item objeto do levantamento;

II – atentar para a unidade de medida a ser adotada, que há de ser a mesma utilizada pelo contribuinte para cada espécie de mercadoria: unidade, dúzias, quilos, toneladas, grosas de “x! Quilos, caixas com “x” unidades, metros, litros, etc.

III – nos casos em que o contribuinte não especifique com exatidão as mercadorias comercializadas, ou quando uma mercadoria possa ser identificada por mais de uma denominação, ou ainda quando determinada mercadoria comporte vários subgrupos ou diversas referências, deve-se fazer o agrupamento de cada item a reunir num mesmo item as espécies de mercadorias afins,

Não obstante o cuidado apontado no inciso III, adrede mencionado, verifico que no presente levantamento de estoques, os produtos que compõem a auditoria de estoque, estão devidamente qualificados, tanto nos arquivos magnéticos, quanto no livro Registro de Inventário, e não foram apontados erros nos arquivos magnéticos, que ensejassem correções por parte da empresa, embora a autuante tenha concedido, inclusive prazo para tal realização.

Assim, constato que os produtos levantados na auditoria de estoques, fls. 22 a 39, estão devidamente codificados nos arquivos magnéticos entregues à fiscalização pelo contribuinte, tendo sido elaborado com base no sistema SAFA desta Secretaria de Fazenda, e entendo que os argumentos da defesa quanto à aglutinação dos produtos não podem ser acatados, em face da individualização de todos os produtos, com códigos diferenciados, tanto nas entradas, saídas, e

que o livro Registro de Inventário estava escriturado em desconformidade com o art. 330 do RICMS/Ba, pois as mercadorias estavam foram de ordem e sem código.

Saliento que todo o procedimento fiscal encontra-se nas planilhas anexas ao PAF e foram entregues cópias ao contribuinte.

Na infração 1 está sendo exigido ICMS referente à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no exercício de 2005.

A infração está relatada nos demonstrativos fls. 22 a 24, e 211 a 218 do PAF, e livro Registro de Inventário nºs 01 e 02, cópias fls. 2746 a 2761.

A Portaria nº 445/98, esclarece que no caso de existência, tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, sendo o valor da omissão de saídas maior do que o da omissão de entradas, neste caso, deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas, art. 60, II, “a” e § 1º do RICMS/97, com a multa correspondente a 70%, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas.

O exercício de 2006 não foi objeto da infração.

A autuante, na informação fiscal, reconheceu parte das alegações da defesa, retificou o levantamento e concluiu que o valor do ICMS passa a ser de R\$ 2.561,57, no que concordo.

Infração mantida, no valor de R\$ 2.561,57.

Na infração 2, está sendo aplicada a multa de R\$ 50,00, referente à omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, em exercício fechado, 2005, conforme demonstrativo de fls. 25 a 26 do PAF.

A multa encontra-se tipificada no art. 42, XXII da Lei nº 7.014/96, consoante o art. 5º, III, da Portaria nº 445/98. Infração mantida.

Na infração 3, foi realizado o levantamento de estoques no exercício de 2006, sendo apurado o ICMS referente às operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, demonstrativo de fls. 225 a 228 do PAF.

Em virtude de correções no estoque inicial e final, a autuante majorou o valor da infração para R\$ 8.932,19, mas, como não pode ser agravada neste lançamento, fica mantida no valor originário, sendo que a diferença deve ser buscada em nova ação fiscal. Assim, a infração é procedente no valor originário de R\$ 8.767,20.

Na infração 4, foi apurada a falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, no exercício de 2006.

Neste caso, por ter sido detectado omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, deve ser exigido o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, consoante art. 39 V, do RICMS/97.

O demonstrativo da infração encontra-se na fls. 229 a 236 do PAF, sendo que, após as correções efetuadas nas quantidades constantes nos inventários inicial e final, pelo autuante, a infração passou a ter o valor de R\$ 43.459,22; no que concordo, fica mantida em parte.

A infração 5, relata a falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição

Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, anos de 2005 e de 2006.

A infração está pontuada no art. 10, I, “b” da Portaria nº 445/98, e os demonstrativos encontram-se nas fls. 28 a 29 e 237 a 244 dos autos. Na informação fiscal, após as retificações efetuadas pela autuante, o valor exigido passou a ser em 2006, de R\$ 6.293,36, no que concordo.

Infração parcialmente mantida.

Na infração 6 o sujeito passivo apresenta impugnação relativa à Nota Fiscal nº 145040, emissão de 18/11/2005, cuja cópia encontra-se na fl. 1824, na qual está sendo exigido o valor de R\$ 4.834,91. O contribuinte, embora tenha mencionado o seu pagamento, não trouxe na peça de defesa o comprovante do recolhimento do ICMS, conforme alegado. Diante deste fato, fica mantida a infração em sua totalidade, pois as demais notas fiscais não foram contestadas.

Observo, entretanto, a existência de divergência no valor de R\$ 182,00 existente entre o valor real consignado no Auto de Infração, ocorrência com vencimento em 10/11/06 que indica o valor de R\$ 464,40 enquanto no SIGAT consta R\$ 646,40. Prevalece, assim, o valor de R\$ 464,40 o qual consta da totalização da infração e do Auto de Infração.

Infração procedente.

A infração 7 registra a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a documento fiscal falso ou inidôneo.

Consta na descrição fática que o contribuinte utiliza o crédito destacado nas notas fiscais de entradas, emitidas em decorrência do desdobramento das mercadorias em KIT, com o código Fiscal de operação 1926; conforme livros Registro de Entradas e livro RAICMS (cópias anexas) e demonstrativo de cálculo anexo III, fls. 1825 a 1934 do PAF.

O contribuinte, em sua peça de defesa, insurge-se contra o lançamento, argumentando que o procedimento da fiscalização em glosar os créditos apropriados nas notas fiscais de entradas não encontra respaldo na legislação. Explica que emite uma nota fiscal de saída (do produto aglutinado), para cada nota fiscal de entrada (resultado da agregação do produto até então aglutinado em uma única embalagem). Reconhece que, equivocadamente, e por “questões conceituais”, no seu aplicativo de processamento de dados, em ambas as notas fiscais, gravadas sob o CFOP X.926, ocorre o destaque do ICMS.

Diante dos argumentos defensivos, inicialmente o PAF foi direcionado à autuante, para que fossem analisadas as razões de defesa, e trouxessem maiores esclarecimentos quanto aos procedimentos adotados, sendo que, após prestar as informações, o auditor fiscal, manteve a infração em sua integralidade.

Em vista da inconformação do contribuinte, e diante dos elementos constantes nos autos, apostos quando da sessão do julgamento, pelo contribuinte, o presente PAF foi diligenciado à ASTEC, para que auditor fiscal, estranho ao feito, procedesse às verificações necessárias e elaborasse Parecer conclusivo quanto aos aspectos combatidos pela defesa.

O diligente concluiu que da análise da planilha demonstrativa de fls. 3328/3329, o contribuinte consigna as notas fiscais de entradas e de saídas referidas nessa operação, e que totalizam o valor histórico autuado de R\$ 42.701,68. Da análise deste demonstrativo, com base nas notas fiscais de entradas e saídas apresentadas, constatou a regularidade do procedimento. Os documentos fiscais foram emitidos e lançados na escrita fiscal do autuado. Para cada nota de entrada emitida, com CFOP 1.926, lançada a crédito, existe uma de saída com CFOP 5.926, lançada a débito, anulando tais lançamentos, conforme cópia de notas fiscais de entradas e saídas e de folhas dos respectivos livros fiscais, que anexou por amostragem, (fls. 3330/3407).

Diante da verificação efetuada pela ASTEC, na qual concluiu que o procedimento do contribuinte está legitimado em documentos fiscais, bem como na sua escrita fiscal, julgo improcedente a acusação, e não mantenho o lançamento desta infração.

Na infração 12, a acusação refere-se a estorno de débito de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto. O contribuinte estornou indevidamente débito de ICMS referente às saídas de mercadorias tributadas para outra Unidade da Federação, conforme demonstrativo de cálculo,

livro Registro de Apuração do ICMS e notas fiscais de saídas (amostragem), anexo VIII, fls. 2347 a 2504.

Irresignado com a autuação, o contribuinte defende-se no sentido de que tem o direito de crédito garantido, consoante o art. 374 do RICMS/97, sendo, na verdade, ressarcimento que lhe é assegurado tanto pelo RICMS quanto pelo Convênio CONFAZ 81/93, pois tem como prática a remessa de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a contribuintes localizados em outra unidade da Federação, ensejando assim, o direito de ressarcimento do imposto recolhido ao erário baiano. Elaborou um relatório descriptivo do procedimento adotado, referente a tais valores, conforme anexo, fls. 3408/3417. Apresenta demonstrativo abrangendo o período de novembro de 2005 a dezembro de 2006, relativo às entradas de mercadorias constantes da substituição tributária, fls. 3418/3483, apurado mensalmente, onde consigna número da nota fiscal, produto, fornecedor, CFOP, Unidade Federada de onde foi remetido o produto, além do cálculo demonstrando o valor devido por substituição tributária, da mesma forma, apresenta planilha demonstrativa referente as saídas para outros Estados, de produtos que tiveram a substituição tributária recolhida nas entradas, com os respectivos cálculos do ICMS creditados a título de ressarcimento (fls 3484/3574). Da análise das planilhas supracitadas, com vista nos documentos fiscais constatou:

- a) As notas fiscais estão devidamente escrituradas nos livros fiscais do autuado. Relativo às notas de saídas, todas foram destinadas a Unidades da Federação diversas do Estado da Bahia. Anexou cópias por amostragem (fls. 3575/3577). Os produtos ali consignados sofreram tributação na entrada pelo regime de substituição tributária, de acordo com RICMS/97. O autuado apresenta guias de recolhimento do imposto. Anexou cópias do Livro de Apuração de ICMS, referente ao período acima referido, conforme anexo, fls. 358/3601.
- b) Os valores apurados no período totalizaram R\$ 104.627,60, conforme demonstrativo de fl. 3325.
- c) O autuado emitiu uma nota fiscal de número 52217, em dezembro de 2006, cópia anexa, fl. 3578, lançada em sua escrituração fiscal a título de ressarcimento de ICMS/ST. O cálculo de tais valores foi realizado, conforme descrito no relatório fls. 3416/3417, e está de acordo com o regulamento no art. 3745, inciso VI do RICMS/BA.
- d) Referente à planilha elaborada pela autuante intitulada “Demonstrativo de Débito (estorno feito a maior – Mercadoria Tributada)” fl. 2347, o contribuinte comprova que tais produtos, que estão sujeitos à tributação normal, não compõem valores referentes ao ressarcimento ICMS/ST, conforme se depreende dos demonstrativos anexos, fls. 3484/3574. Para aqueles produtos foram emitidas as respectivas notas fiscais e destacado valor do ICMS correspondente, devidamente registrado em seu livro de Saídas, que anexou por amostragem. (fls. 3579/3583).

Em conclusão, verifica-se que o valor estornado pelo contribuinte corresponde ao ICMS retido por substituição tributária, cuja operação não se realizou, considerando que o estabelecimento destinou mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, a contribuintes localizados em outras unidades da Federação. Comprovou-se ainda que mercadorias sujeitas ao regime de tributação normal, não fez parte do cálculo realizado pelo contribuinte, a título de ressarcimento do ICMS/Substituição Tributária.

Concordo com o resultado da diligência, que ratificou o acerto do procedimento adotado pela empresa, portanto improcede a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores recolhidos. Após as alterações o demonstrativo fica configurado da seguinte maneira:

INF.	JULGADO	MULTA	VALOR (R\$)
01	PROCEDENTE EM PARTE	70%	2.561,57
02	PROCEDENTE	FIXA	50,00
03	PROCEDENTE	70%	8.767,20
04	PROCEDENTE EM PARTE	70%	43.459,22
05	PROCEDENTE EM PARTE	60%	6.709,39
06	PROCEDENTE	60%	25.760,12
07	IMPROCEDENTE	100%	0,00
08	RECONHECIDA/PROCEDENTE	60%	53.237,47

09	RECONHECIDA/PROCEDENTE	150%	38.386,95
10	RECONHECIDA/PROCEDENTE	60%	12.511,77
11	RECONHECIDA/PROCEDENTE	60%	296,76
12	IMPROCEDENTE	60%	0,00
TOTAL			191.740,45

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206951.0003/07-7, lavrado contra **ATENDE LOGÍSTICA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$178.881,92**, acrescido das multas de 70% sobre R\$54.787,99, 60% sobre R\$85.706,98 e 150% sobre R\$38.386,95, previstas no art. 42, incisos III e II, alíneas “a”, “d”, “f”, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05 e, ainda, os acréscimos moratórios com decorrência de pagamento extemporâneo do imposto no valor de **R\$12.808,53**, acrescido da multa de 60%, previsto no inciso VIII, do mesmo diploma legal, e dos acréscimos legais devendo ser homologados os valores 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, 05 de abril de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR