

A. I. N° - 206882.0325/05-8
AUTUADO - ELSON'S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 30/05/2011

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0082-03/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Como foi constatada a falta de emissão de notas fiscais de saídas, mas as mercadorias estão enquadradas na antecipação tributária, deve ser exigida apenas multa por descumprimento de obrigação acessória. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIA AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro, desacompanhada de documentação fiscal, bem como o pagamento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2005, refere-se à exigência de R\$178.994,46 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$100,00, em decorrência das seguintes irregularidades, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques:

Infração 01: Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, nos exercícios de 2004 e 2005, sendo exigida a multa de R\$50,00 por exercício, totalizando R\$100,00.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Omissão de entrada no exercício de 2005. Valor do débito: R\$126.351,34.

Infração 03: Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, exercícios de 2004/2005. Valor do débito: R\$52.643,12

O autuado apresentou impugnação (fls. 434/435), informando inicialmente, que contesta parcialmente as infrações 02 e 03, referente à data de ocorrência 31/10/2005, tendo em vista que constatou erro na apuração das saídas de mercadorias. Esclarece que atua com vendas externas

ao estabelecimento, e por ocasião das saídas das mercadorias emite nota fiscal com CFOP 5.415, sendo emitida a nota fiscal de venda no momento da saída efetiva, e nota fiscal de retorno CFOP 1415, para as mercadorias eventualmente não vendidas. Alega que ao fazer o levantamento quantitativo das saídas, a autuante somou as quantidades das notas fiscais de remessa para venda com as notas fiscais de venda efetiva, o que resultou em apuração das saídas em duplicidade, levando a apurar equivocadamente omissão de entradas. Diz que as quantidades lançadas em duplicidade estão na planilha que acostou ao PAF (fls. 447 a 766), sendo elaborado demonstrativo correspondente aos valores que considera devidos. Assim, nas razões de defesa o autuado indica os novos valores apurados, informando, ainda, que efetuou o pagamento do imposto apurado pela empresa, com redução da multa, conforme lhe faculta a lei. Requer provar os fatos alegados por meio de documentos, testemunhas, perícia e todo e qualquer meio que se faça necessário.

Às fls. 769 e 771, consta demonstrativo do débito reconhecido, no valor total de R\$4.680,48, e à fl. 773, DAE comprovando o pagamento do mencionado valor.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 776/777 dos autos, após fazer uma síntese da impugnação apresentada pelo autuado, diz que reconhece a procedência das alegações defensivas, considerando que, com a inclusão do CFOP 5415 no levantamento fiscal realizado utilizando o sistema SAFA, invariavelmente apresentou duplicidade das saídas relativas aos respectivos produtos. Diz que foi realizada a necessária retificação do levantamento fiscal, acatando os dados apresentados pelo autuado.

Considerando que na informação fiscal a autuante reconheceu a possibilidade de erro no levantamento fiscal, sendo observado que não foi acostada ao PAF qualquer nota fiscal para comprovar correção dos demonstrativos elaborados pelo defendente, acatados pela autuante, esta JJF converteu o presente processo em diligência à ASTEC (fl. 882), para Auditor Fiscal estranho ao feito:

1. Intimar o autuado a apresentar os documentos fiscais originais, que foram objeto do levantamento fiscal.
2. Com base nos documentos fiscais do autuado, verificar se a autuante somou as quantidades das notas fiscais de remessa para vendas fora do estabelecimento com as notas fiscais de vendas efetivas, conforme alegado pelo defendente, fazendo as necessárias exclusões.
3. Confrontar os dados apresentados pelo defendente com o levantamento fiscal, de acordo com os documentos originais do autuado, retificando as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

De acordo com o PARECER ASTEC Nº 092/2008 (fls. 883/885), foi realizada a diligência solicitada, sendo informado pelo diligente as providências adotadas, salientando que compareceu no endereço do estabelecimento e constatou que a empresa deixou de funcionar. Diz que enviou intimação ao autuado via *e-mail* e por telefone da empresa no Estado do Espírito Santo, solicitando envio dos documentos necessários ao cumprimento da diligência. O diligente salienta que o defendente apresentou 887 segundas e terceiras vias de notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento, deixando de apresentar as primeiras vias. Diz que as cópias das notas fiscais apresentadas são da série “1” (fls. 1219 a 1224), mas não foi possível checar se as mercadorias são as mesmas, em razão do código utilizado nos mencionados documentos ser diferente do código transmitido eletronicamente para a SEFAZ, constante dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, e os demonstrativos apresentados com a impugnação (fls. 447 a 766) não mencionam esta série de notas fiscais. Informa que os documentos constantes nesses demonstrativos de fls. 477 a 766 são das séries 2 a 18, portanto, são notas fiscais de saídas, conforme fls. 895 a 904-B, das quais o diligente não visualizou lançamento em duplicidade nos demonstrativos da fiscalização de fls. 242 a 418. O diligente salienta que as notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento apresentam características inadequadas ao RICMS/BA; foram emitidas eletronicamente, observando-se duplicidade de numeração de controle

em suas emissões, mas não foi constatado duplicidade de lançamento nos demonstrativos da fiscalização. O diligente cita exemplos e afirma que não visualizou as notas fiscais “série 1”, computadas em duplicidade com as notas fiscais de saídas de outras séries. Concluindo, o diligente informa que: a) não foram apresentadas as primeiras vias das notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento com os controles dos postos fiscais; b) com base nos documentos fiscais apresentados, não constatou correlação entre os códigos das mercadorias remetidas para venda fora do estabelecimento com aquelas que foram vendidas, e os códigos estão desassociados daqueles cadastrados na SEFAZ; c) as Notas Fiscais de Remessa para venda fora do estabelecimento apresentadas, mencionam o código da mercadoria com sete dígitos, enquanto o cadastrado na SEFAZ tem quatro dígitos, salientando que as notas fiscais de venda não apresentam o código nem a descrição completa da mercadoria; d) os dados apresentados pelo defendente foram confrontados com o levantamento fiscal, em razão dos desencontros entre os códigos das mercadorias constantes nas notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento e os códigos que o autuado cadastrou na SEFAZ por meio dos arquivos magnéticos. Assim, o diligente informa que não foi possível refazer o levantamento fiscal na forma solicitada.

O autuado se manifestou às fls. 1233 a 1238, aduzindo que a diligência foi realizada em endereço diverso do qual funciona o estabelecimento autuado, fato que era de conhecimento do Auditor da ASTEC. O defendente afirma que somente tomou conhecimento do inteiro teor do resultado da diligência no momento em que a correspondência lhe foi entregue. Salienta que a autuante reconheceu a procedência das alegações defensivas e para sua surpresa, o diligente emitiu parecer posicionando-se contrariamente à informação fiscal. Reproduz parte das informações prestadas no PARECER ASTEC 092/2008 e salienta que os códigos das mercadorias constantes nas notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento são de controle interno do estabelecimento autuado e os códigos utilizados nos demonstrativos da fiscalização são gerados automaticamente pelo SINTEGRA. Entretanto, não obstante as formas distintas de controle, tais códigos se referem às mesmas mercadorias. Neste caso, o diligente deveria ater-se à equivalência existente entre a quantidade e descrição das mercadorias remetidas à venda com a quantidade e descrição das mercadorias efetivamente vendidas, bem como, as mercadorias que efetivamente retornaram à empresa. O autuado informa que tem como objeto social a Representação Comercial, distribuição de produtos alimentícios, de limpeza, de higiene pessoal e outros produtos de consumo; comércio atacadista e varejista em geral, conforme Contrato Social. Cita como exemplo o produto Halls Creamy, que tem por código no sistema da SEFAZ a descrição “Halss Ceamy Morango 21/10 S” e foi descrito nas Notas Fiscais de Vendas pelos distribuidores com o código “Halls Creamy Morango” ou mesmo “Halls Creamy”. Assim, o defendente argumentou que mesmo havendo uma aparente divergência entre os códigos constantes nas Notas Fiscais de Vendas e a descrição das mercadorias, tal divergência não revela infração à legislação tributária estadual. Salienta que em todo o cumprimento da diligência realizada por preposto da ASTEC foi mantido contato telefônico e trocados diversos e-mails com o diligente, sendo orientado pelo mesmo quanto ao fornecimento dos documentos solicitados, bem como as diretrizes a serem seguidas. Assegura que ficou acordado com o diligente que o autuado somente enviaria as terceiras vias das Notas Fiscais relativas ao exercício de 2005, e tal fato se deu para que fosse evitado o extravio das primeiras vias dessas Notas Fiscais em virtude do grande volume de documentos, tendo em vista que seriam enviados pelo correio. Assegura que, diferentemente do que supõe o diligente da ASTEC de que as primeiras vias das notas fiscais não transitaram em nenhum posto fiscal, a área de autuação da empresa à época era quase que exclusivamente na região metropolitana de Salvador, razão pela qual, raramente os veículos transitavam por Postos Fiscais. O autuado entende que as conclusões do diligente foram baseadas em meras presunções e não podem servir de fundamento para o convencimento desta 3ª JF; que a empresa coloca à disposição todos os seus documentos contábeis, que ainda se façam necessários para os esclarecimentos dos fatos alegados, afirmando que em nenhum momento se furtou em apresentá-los. Pede a improcedência do presente Auto de Infração.

Considerando que na diligência fiscal realizada por preposto da ASTEC foi citada a possibilidade de erro nos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1270) para a autuante:

4. Intimar o autuado a apresentar os arquivos SINTEGRA retificados, com base nos dados constantes nos documentos fiscais originais, concedendo o prazo de (30) trinta dias.
5. Se forem apresentados os arquivos SINTEGRA solicitados, após fazer os testes de consistências, retificar as quantidades das mercadorias consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novos demonstrativos.
6. Quanto aos estoques, considerar as quantidades, constantes no livro Registro de Inventário apresentado à época da fiscalização.
7. Confrontar os dados apresentados pelo defendente com o levantamento fiscal, de acordo com os documentos originais do autuado.
8. Fazer as inclusões das quantidades consignadas nas notas fiscais, não consideradas;
9. Quanto às vendas externas, deve considerar somente as Notas Fiscais de vendas efetivas, desprezando remessas e retornos.
10. Retificar as quantidades consignadas incorretamente no levantamento fiscal, elaborando novo demonstrativo de débito.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 1274/1275, apresentando o entendimento de que as recomendações contidas na diligência fiscal já integram a peça vestibular do PAF e que “em conformidade com o princípio da segurança jurídica, não é recomendável que a ação revisional seja executada pelo mesmo preposto que lavrou a peça inicial”. Sugere que a diligência solicitada seja realizada por preposto da ASTEC.

Esta Junta de Julgamento Fiscal encaminhou nova diligência à ASTEC para o diligente:

1. Se manifestar quanto aos argumentos apresentados pelo defendente, esclarecendo os questionamentos relativos aos códigos das mercadorias e primeiras vias das notas fiscais não apresentadas para a diligência anteriormente realizada.
2. Se necessário, intimar o autuado a apresentar os arquivos SINTEGRA retificados, com base nos dados constantes nos documentos fiscais originais.
3. Se forem apresentados novos arquivos SINTEGRA e documentos fiscais, e sendo constatada inconsistência no levantamento fiscal, retificar as quantidades das mercadorias consignadas incorretamente, elaborando novos demonstrativos.
4. Quanto às vendas externas, deve considerar somente as Notas Fiscais de vendas efetivas, desprezando remessas e retornos.

O PAF foi encaminhado pelo CONSEF à Infaz de origem para que o Inspetor Fazendário designasse Auditor Fiscal estranho ao feito no sentido de que fosse atendida a diligência solicitada.

De acordo com o Parecer às fls. 1284/1285, o autuado foi intimado a retificar os arquivos magnéticos, tendo em vista que foram constatadas inconsistências em relação ao Registro 54. A empresa atendeu parcialmente a solicitação, tendo retificado apenas as notas fiscais de entrada, sob a alegação de que as notas fiscais relativas às saídas efetivas das vendas em veículos eram emitidas manualmente e, conseqüentemente, para fazer as retificações teria que digitar item por item, o que seria trabalhoso e demorado. Como a Ordem de Serviço tem data limite para ser encerrada, não foi possível esperar o autuado efetuar a retificação total. A diligente informa que, considerando que todas as mercadorias comercializadas pelo autuado estão sujeitas à substituição tributária e que o levantamento quantitativo visa apenas detectar a existência de omissão de

entradas, foi elaborado novo levantamento com a exclusão das saídas (CFOP 5415) e das devoluções (CFOP 1415), levando-se em conta que todas as entradas de mercadorias estão corretas. Diz, ainda, que foi elaborado um demonstrativo das saídas e devoluções de mercadorias para as vendas em veículos, cuja diferença está mais ou menos coerente com os resultados das omissões de saídas do levantamento quantitativo, conforme quadro que elaborou na fl. 1284. Após os ajustes realizados e os novos demonstrativos elaborados, o débito apurado ficou modificado, conforme demonstrativo de débito à fl. 1285.

À fl. 1443 do PAF, o autuado foi intimado da diligência fiscal e dos novos documentos acostados aos autos, constando Aviso de Recebimento à fl. 1444, comprovando a entrega da correspondência. Decorrido o prazo concedido, o defendente não se manifestou.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2004/2005, sendo exigido o imposto por responsabilidade solidária e por antecipação tributária, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária.

O autuado alegou que contesta parcialmente as infrações 02 e 03, referentes ao exercício de 2005, tendo em vista que constatou erro na apuração das saídas de mercadorias. Diz que atua com vendas externas ao estabelecimento, e por ocasião das saídas das mercadorias emite nota fiscal com CFOP 5415, sendo emitida a nota fiscal de venda no momento da venda efetiva, e nota fiscal de retorno CFOP 1415, para as mercadorias eventualmente não vendidas. Alega que o autuante somou as quantidades das notas fiscais de remessa para venda com as notas fiscais de venda efetiva, o que resultou em apuração das saídas em duplicidade, levando a apurar equivocadamente omissão de entradas.

Observo que embora a autuante tenha acatado as alegações defensivas e os cálculos apresentados pelo contribuinte, afirmando que reconhece a retificação alegada pelo autuado, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC. Na mencionada diligência, foi apresentada a conclusão de que foi impossível refazer os cálculos, tendo em vista que os dados apresentados pelo defendente foram confrontados com o levantamento fiscal, sendo constatados desencontros entre os códigos das mercadorias constantes nas notas fiscais de remessa para venda fora do estabelecimento e os códigos que o autuado cadastrou na SEFAZ.

Nova diligência foi realizada por preposto da Inspeção Fazendária, estranho ao feito, tendo sido elaborado demonstrativo das saídas e devoluções de mercadorias para as vendas em veículos e, após os ajustes realizados e os novos demonstrativos elaborados, o débito apurado ficou modificado, conforme demonstrativo de débito à fl. 1285.

Vale salientar, que foi expedida intimação ao autuado, acompanhada de cópia da diligência realizada. Decorrido o prazo concedido, não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente.

Analisando o levantamento fiscal originalmente efetuado, constatei que a autuante deixou de exigir o imposto por responsabilidade solidária, que deveria ter sido calculado sobre a omissão de entradas apurada no exercício de 2004, conforme demonstrativo resumo de fls. 25/26.

Na diligência fiscal realizada, também foi apurada omissão de entradas no exercício de 2004 (demonstrativos às fls. 1350/1354), bem como em relação ao exercício de 2005 (demonstrativos às fls. 1430/1433 do PAF). Entretanto, no demonstrativo de débito elaborado pela diligente à fl. 1285, não constou qualquer valor referente à responsabilidade solidária (infração 02), tendo sido indicado débito somente em relação à antecipação tributária, considerando que se trata de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária.

Saliento que, por se tratar de mercadoria enquadrada no regime de Substituição Tributária e, tendo sido apurada omissão de entradas, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal, conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V (INFRAÇÃO 02). É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97, relativamente às mercadorias sujeitas à antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada, conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98 (INFRAÇÃO 03).

Assim, com base nos demonstrativos elaborados na última diligência fiscal às fls. 1354 e 1433 dos autos, foram calculados os valores devidos, referentes aos exercícios fiscalizados (2004 e 2005), conforme quadro abaixo:

ANO	OMISSÃO DE ENTRADAS (R\$) (A)	ALIQ (B)	RESP. SOLIDÁRIA (ICMS NORMAL) (C = A X B)	ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA		
				MVA (D)	BASE CALCULO C/ MVA (E = A X 1,40)	ANTEC TRIB (E X B - C)
2004	4.354,04	17%	740,19	40%	6.095,66	296,07
2005	147.051,20	17%	24.998,70	40%	205.871,68	9.999,48
T O T A L		-	25.738,89	-	-	10.295,55

Conforme já foi dito anteriormente, não foi exigido imposto por responsabilidade solidária em relação ao exercício de 2004. Como no julgamento é vedado majorar os valores originalmente lançados no Auto de Infração, neste caso, quanto à infração 02, conclui-se pela sua subsistência parcial, sendo devido o imposto apurado após a revisão efetuada, relativamente ao exercício de 2005, no valor de R\$24.998,70, representando-se à repartição fiscal para instaurar novo procedimento em relação ao imposto por responsabilidade solidária do exercício de 2004, no valor de R\$740,19.

Em relação à infração 02, concluo pela procedência parcial, no valor total de R\$10.295,56, sendo R\$296,07 referentes ao exercício de 2004, e R\$9.999,48 correspondentes a 2005.

Considerando que foram apuradas diferenças de saídas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, com fase de tributação encerrada, é devida a multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme art. 5º, inciso III, Portaria 445/98 e Lei 7.014/96, art. 42, inciso XXII (INFRAÇÃO 01).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$35.294,26, conforme demonstrativo constante deste voto, sendo R\$24.998,70 da infração 02 e R\$10.295,55 da infração 03, representando-se à autoridade fazendária para instaurar novo procedimento fiscal no sentido de exigir o imposto do autuado na condição de responsável solidário (exercício de 2004), no valor de R\$740,19, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.0325/05-8**, lavrado contra **ELSON'S PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$35.294,25**, acrescido da multa de 60% sobre R\$10.295,56, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96; 70% sobre R\$24.998,70 prevista no art. 42, inciso III, da mencionada Lei, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no art. 42, inciso XXII, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos

Esta Junta de julgamento 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 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de abril de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR