

**A. I. Nº** - 206921.0005/06-6  
**AUTUADO** - ELENICE FERREIRA COSTA  
**AUTUANTE** - MARCUS VINICIUS BADARO CAMPOS  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 18. 08. 2011

## 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO JJF Nº 0231-01/11

**EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Autuado não apresenta impugnação quanto a esta infração, significando dizer que reconhece tacitamente o cometimento da irregularidade apontada. Infração subsistente. **2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS.** Autuado comprova descaber parte da exigência fiscal em razão de inclusão no levantamento de notas fiscais cujas mercadorias foram devolvidas aos fornecedores. O próprio autuante acata os argumentos defensivos e refaz os cálculos, o que resulta na redução do débito. Infração parcialmente subsistente. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS.** Autuado elide parcialmente a acusação fiscal. Refeitos os cálculos do imposto. Reduzido o valor do débito originalmente exigido. Infração parcialmente subsistente. **4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. b) VALOR DAS SAÍDAS SUPERIOR AO DAS ENTRADAS. c) VALOR DAS ENTRADAS SUPERIOR AO DAS SAÍDAS.** PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Embora as infrações 4 e 5 tenham sido objeto de diligência fiscal, não resultou em alteração no lançamento. Infrações subsistentes. **5. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Autuado não apresenta impugnação quanto a esta infração. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/06/2006, exige ICMS no valor de R\$ 60.867,08, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, no mês de abril de 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 604,80, acrescido da multa de 70%;
2. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de dezembro de 2002, janeiro, março e

junho de 2003, março a junho, outubro a dezembro de 2004, janeiro a outubro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.694,97, acrescido da multa de 50%;

3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril e outubro de 2004, janeiro, fevereiro, abril a junho de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$15.874,25, acrescido da multa de 50%;

4. 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 nos exercícios de 2002, 2004 e 2005, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 8.859,35, acrescido da multa de 70%. Consta que foi concedido o crédito presumido de 8%;

5. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto relativo sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2001 e 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 6.141,17, acrescido da multa de 70%. Consta que foi concedido o crédito presumido de 8%;

6. Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, nos meses de abril, julho, outubro a dezembro de 2001, janeiro a março, maio a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a setembro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 26.692,54, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa às fls. 148 a 153, requerendo que seja realizada revisão do lançamento, pelas razões que passa a apresentar.

No que concerne à infração 02, alega que no levantamento do faturamento mensal não foram computadas as devoluções de mercadorias ocorridas dentro do próprio mês, gerando a diferença de alíquota, bem como a mudança da faixa/percentual de recolhimento, conforme notas fiscais referentes aos exercícios de 2002, 2003, 2004 e 2005, que identifica abaixo:

- exercício de 2002. Notas Fiscais nºs 00346, 501, 2543 e 245;
- exercício de 2003. Notas Fiscais nºs 988, 1443, 560, 558 e 557;
- exercício de 2004. Notas Fiscais nºs 1566, 3709, 1624, 1625, 3786, 1642, 3834, 1712, 3868, 3902, 1826, 1932, 1934, 2185, 2017 e 2033;
- exercício de 2005. Notas Fiscais nºs 2060, 2219, 2335, 2367, 1265, 1154, 2423, 2399 e 2489.

Quanto à infração 03, argumenta que no levantamento das referidas notas fiscais pelo Fisco no exercício de 2004, foram computadas as aquisições do produto peixe, referente à Nota Fiscal nº 3029, no valor de R\$ 4.760,00, tratando-se de peixe, portanto, não cabendo a inclusão na base de cálculo. Já a Nota Fiscal 62196, no valor de R\$ 36.333,36, teve o ICMS recolhido em 17/11/2004, conforme documento de arrecadação – DAE, contendo autenticação bancária do pagamento.

No exercício de 2005, alega que não foi observado pelo Fisco que as Notas Fiscais nºs 011667, 011897 e 012469, se referem a regime especial de tributação no Estado do Ceará, constando o valor e base de cálculo do ICMS no rodapé da nota fiscal e não no campo normal de cálculo do imposto. Neste mesmo exercício, as Notas Fiscais nºs 359, 360, 420 e 421, foram devolvidas dentro do próprio mês, conforme Notas Fiscais de devolução nºs 960,961 e 1006.

Com relação às infrações 04 e 05, afirma que o levantamento levado a efeito pelo autuante contém equívocos nos quantitativos, tanto que no que se refere à entrada como à saída.

Afirma que foram incluídas no levantamento notas fiscais de armazenagens, ocorrendo redundância na contagem de entradas, principalmente quando se considera o valor do estoque inicial independente do local de armazenamento e quando se soma a nota de retorno de armazenagem no ano corrente como aquisição/entrada. Acrescenta que em vez de ter sido feito o levantamento considerando-se apenas as notas de entradas (compras de fornecedores e devoluções de clientes) e as notas de saídas (vendas a clientes e devoluções a fornecedores), as quantidades levantadas em notas fiscais de armazenamento foram somadas e diminuídas, sem uma análise minuciosa, ocasionando várias situações de duplicidades de quantitativos e, por consequência, gerando omissões de entrada e saída, conforme exemplo que apresenta. Salienta que a armazenagem não é venda nem compra, sendo isenta de tributação.

Diz, ainda, que foram encontrados outros equívocos no levantamento, quer na contagem de entrada e/ou de saída, em decorrência do não levantamento de quantitativos de toda uma nota fiscal ou de mais itens de uma mesma nota fiscal, quer por ter sido simplesmente “pulada”, quer por ter sido lançada indevidamente no levantamento de outro produto, conforme exemplo que apresenta.

O autuante prestou informação fiscal (fl. 212), consignando que o autuado elencou as notas fiscais relativas às operações com “devolução de vendas” às fls. 148/149, acostando suas cópias respectivas às fls. 154 a 187, que ocasionaram a redução da diferença apurada do imposto mensal SimBahia, exigido na infração 02, conforme recálculo efetuado nas novas planilhas EPP que anexa aos autos às fls. 213 a 217, passando o valor do débito para R\$ 485,38.

No que tange à infração 03, registra que o autuado apresentou os casos à fl. 150 dos autos, em que o imposto não era devido por antecipação parcial ou total, em razão de devolução de compras não consideradas; regime especial de tributação, para fins de consideração do imposto destacado; recolhimento efetuado e não computado; e inclusão de produto com redução de 100% de base de cálculo, no caso, “peixe”, acostando a documentação comprobatória respectiva às fls. 188 a 199, o que resultou na diminuição do ICMS exigido neste item de R\$ 15.874,25 para R\$ 833,31, referente ao mês de abril de 2005, conforme as novas planilhas que acostou às fls. 218 a 224.

Quanto às infrações 04 e 05, solicita que o processo seja convertido em diligência, a fim de que possa re-intimar o contribuinte, assim como, efetuar as devidas alterações no SAFA, emitindo novos demonstrativos de estoque.

Finaliza consignando que com a redução das infrações 02 e 03, para R\$ 485,38 e R\$ 833,31, respectivamente, bem como a manutenção das demais infrações, o débito total fica reduzido de R\$ 60.867,08 para R\$ 43.616,55.

Intimado o autuado para conhecimento da informação fiscal (fls. 227,230,232), este não se manifestou.

A 5ª Junta de Julgamento Fiscal -, onde anteriormente se encontrava o presente processo, cujo Julgador/Relator José Franklin Fontes Reis foi designado para assumir a Coordenação Administrativa do CONSEF -, converteu o processo em diligência (fl. 250), a fim de que o autuante intimasse o autuado para apresentar todos os documentos correspondentes às alegações de equívocos e incorreções nos demonstrativos de estoques apontados na defesa relativos às infrações 04 e 05, e que caso houvesse o atendimento por parte do autuado, efetuasse os ajustes e correções cabíveis com base na documentação apresentada procedendo às alterações no SAFA para que fossem emitidos novos demonstrativos de estoques e elaborado novo demonstrativo de débito.

O autuante se pronunciou à fl. 252, solicitando ao CONSEF que fosse aberta uma Ordem de Serviço, com um prazo mais adequado ao atendimento dos procedimentos requisitados, através da

Supervisão da INFAZ/ATACADO ou, no mínimo, a reabertura do prazo de 30 (trinta) dias, para atendimento da diligência.

Consta à fl. 253, despacho do senhor Inspetor Fazendário da INFAZ/ATACADO, no sentido de que seja concedido o prazo de 30 dias ao autuante, para cumprimento da solicitação contida na diligência.

O autuante se pronunciou à fl. 256, contestando as alegações defensivas referentes às infrações 04 e 05, conforme abaixo:

- com relação à alegação de que houve inclusão de notas fiscais de armazenagem, diz que ainda que se trate de uma operação sem o destaque do imposto ou, mesmo que não represente uma comercialização, como no caso das transferências, pouco importa, pois, o que interessa para efeito de estoque é a existência da movimentação física, tendo a empresa, dessa forma, que atualizar o seu inventário de acordo com tais operações, tanto na entrada quanto na saída, sendo, portanto, correto o critério utilizado;

- quanto ao argumento defensivo de não inclusão no levantamento físico de notas fiscais de entrada e saída, conforme taxativamente elencou o autuado, afirma que algumas notas fiscais não lançadas em 2005 representaram uma diferença a mais nas Entradas, relativa a 3.240 kg de “Lula”, no caso, as Notas Fiscais de entradas nºs 3393, 360, 359 e 420 – 3.444 kg; e Nota Fiscal de saída nº 892 – 204 kg. Acrescenta que, como o resultado encontrado tinha sido o de omissão de entradas, para este item, na quantidade de 3.174 kg, verifica-se, neste caso, na quantidade de 66 kg e no cômputo geral, uma omissão de saídas ainda maior, o que, todavia, não é permitido, pois representa o aumento do débito original reclamado;

- no que tange a alegação referente à nomenclatura da amostragem, assevera que o autuado não demonstrou ter ocorrido, em termos práticos, qualquer equívoco entre os itens de estoque considerados na amostra, que pudesse vir a influenciar os montantes do imposto, originalmente reclamados.

Registra que o autuado foi intimado a apresentar toda a documentação novamente, para uma revisão mais acurada dessa questão específica, contudo, só o fez em relação ao ano de 2003, conforme termo de intimação anexado.

Finaliza mantendo integralmente as infrações 04 e 05.

Constam às fls. 260, 263 e 265, intimações encaminhando para conhecimento do autuado cópia do Termo de diligência de fl. 250, bem como da conclusão da diligência elaborada pelo autuante, porém, há o registro de que o contribuinte não foi mais localizado, conforme observações feitas nas referidas intimações.

A 1ª JF, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF-ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que efetuasse, com base exclusivamente nos elementos anexados aos autos, inclusive, alegações defensivas, os devidos ajustes, apresentando novos demonstrativos referentes ao levantamento quantitativo de estoques correspondentes às infrações 04 e 05. Foi solicitado, também, que em seguida, deveria o processo ser enviado à Repartição Fazendária de origem para que intimasse o autuado entregando-lhe, mediante recibo específico, cópias reprográficas dos novos elementos anexados pelo diligente e do Termo de Diligência, bem como que o informasse quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para, querendo, se manifestar nos autos.

Através do Parecer ASTEC Nº 00231/2010, o ilustre diligente Francisco Atanasio de Santana, esclareceu que em atendimento à solicitação contida na diligência, realizou a revisão fiscal considerando os levantamentos já existentes nos autos, bem como observando os argumentos defensivos e as notas fiscais relativas à compras, devolução de vendas e devolução de compras de mercadorias apresentados pela defesa.

Registra que examinando os elementos acima mencionados e cotejando os documentos fiscais colacionados aos autos pelo impugnante às fls. 154 a 199 com o levantamento realizado pelo autuante, constatou que à exceção das Notas Fiscais nºs 1712 (fl.170) e 2033 (fl. 178), referentes ao exercício de 2004, todas as demais notas fiscais já constavam do levantamento fiscal, em todos os exercícios levantados, nas infrações 04 e 05.

Frisa que procedida à revisão fiscal, considerando as notas fiscais descritas acima, por não constarem do levantamento do autuante, elaborou novos demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de estoque atinente à infração 04 e apenas ao exercício de 2004, por ser o único período passível de ajuste, constatou que houve elevação das quantidades de omissão de saídas, e diminuição das quantidades da omissão de entradas apuradas originalmente, permanecendo o valor da omissão de saídas maior do que o da omissão de entradas, tendo apurado o ICMS correspondente, no montante de R\$ 2.098,76, conforme demonstrativos que anexou aos autos. Salienta que os valores relativos aos demais exercícios – 2002 e 2005 - permaneceram inalterados, porque não houve qualquer ajuste a fazer nos referidos exercícios.

Conclui dizendo que com a elevação do valor da omissão de saídas de R\$ 17.852,78 para R\$ 23.319,66, o imposto apurado originalmente no valor de R\$ 1.606,75, também foi elevado para o montante de R\$ 2.098,76, no exercício de 2004, permanecendo inalterados os demais exercícios de 2002 e 2005.

Intimado para conhecimento do Parecer ASTEC Nº 00231/2010(fl. 279 a 285), o autuado não se manifestou.

O ilustre Julgador Francisco Atanasio de Santana, em razão de ter cumprido a diligência na condição de integrante da ASTEC/CONSEF à época da solicitação, inclusive emitindo parecer sobre o mérito da autuação, declarou-se impedido para atuar no julgamento de processo, conforme determina o art. 30, inciso XVI c/c o art. 40 do Regimento Interno do CONSEF, aprovado pelo Decreto nº 7.592/99.

#### **VOTO**

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de seis infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este se insurge contra as infrações 02, 03, 04 e 05, e silencia com relação às infrações 01 e 06.

No que concerne às infrações 01 e 06, é certo que o silêncio do contribuinte implica em reconhecimento tácito das irregularidades que lhe são imputadas, haja vista que consoante estabelece o art. 140 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.*

Diante disto, considerando que os elementos existentes nos autos comprovam o cometimento das irregularidades apontadas nestes itens da autuação, as infrações 01 e 06 são integralmente subsistentes.

Com relação às infrações impugnadas, verifico que as alegações defensivas referentes à infração 02, de que foram arroladas no levantamento levado a efeito pelo autuante notas fiscais relativas a operações de “devolução de vendas”, conforme cópias anexadas às fls. 154 a 187, efetivamente, restaram comprovadas, o que resultou na redução da diferença apurada do imposto mensal SimBahia originalmente apontado no Auto de Infração para R\$ 485,39, conforme recálculo efetuado pelo autuante nas novas planilhas anexadas aos autos às fls. 213 a 217. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à infração 03, constato que as alegações defensivas de que descabe a exigência do imposto por antecipação parcial ou total, em razão de devolução de compras não consideradas; regime especial de tributação, para fins de consideração do imposto destacado; recolhimento efetuado e não computado; e inclusão de produto com redução de 100% de base de cálculo, no caso, “peixe”,

acostando a documentação comprobatória respectiva às fls. 188 a 199, restaram comprovadas, fato admitido pelo próprio autuante que refez os cálculos com a exclusão das notas fiscais arroladas indevidamente na autuação, o que resultou na redução do valor do débito originalmente apontado no Auto de Infração de R\$ 15.874,25 para R\$ 833,31, referente ao mês de abril de 2005, conforme as novas planilhas que acostou às fls. 218 a 224.

No respeitante à infração 04, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal à Assessoria Técnica do CONSEF-ASTEC/CONSEF, a fim de que fosse designado Auditor Fiscal para que efetuasse, com base exclusivamente nos elementos anexados aos autos, inclusive, alegações defensivas, os devidos ajustes, apresentando novos demonstrativos referentes ao levantamento quantitativo de estoques, trouxe como resultado refletido no Parecer ASTEC Nº 00231/2010, da lavra do ilustre diligente Francisco Atanasio de Santana, que com a elevação do valor da omissão de saídas de R\$ 17.852,78 para R\$ 23.319,66, o imposto apurado originalmente no valor de R\$ 1.606,75, também foi elevado para o montante de R\$ 2.098,76, no exercício de 2004, permanecendo inalterados os demais exercícios de 2002 e 2005.

Portanto, conforme o resultado da diligência houve o agravamento da infração 04, haja vista que o valor do ICMS devido apontado originalmente no Auto de Infração foi de R\$ 8.859,35, e com a elevação do valor da base de cálculo referente às saídas omitidas no exercício de 2004 de R\$ 17.852,78 para R\$ 23.319,66, o ICMS apurado originalmente neste exercício no valor de R\$ 1.606,75 passou para R\$ 2.098,76, permanecendo inalterados os valores referentes aos exercícios de 2002 e 2005, passando o total do ICMS devido nesta infração para R\$ 10.958,11.

Ocorre que, em respeito aos princípios do devido processo legal, do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, não pode o valor apurado a mais na diligência realizada pela ASTEC/CONSEF - conforme explicitado acima -, ser exigido no Auto de Infração em lide, por resultar em agravamento da infração.

Neste sentido, o art. 156 do RPAF/99, determina que *ocorrendo evidência de agravamento da infração ou necessidade de lavratura de outro Auto de Infração, deverá o órgão julgador representar à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal*.

Assim sendo, represento à autoridade competente para que analise a possibilidade de instauração de novo procedimento fiscal, no intuito de exigir a parcela do crédito tributário apurada na diligência cumprida pela ASTEC/CONSEF.

Desta forma, a infração 04 é integralmente subsistente no valor de R\$ 8.859,35.

No que tange à infração 05, apesar de ter sido também objeto da diligência solicitada à ASTEC/CONSEF, na forma aduzida para a infração 04, não houve qualquer alteração, haja vista que o autuado não trouxe aos autos, elementos capazes de provocar a alteração desta infração. Assim sendo, a infração 05 é totalmente subsistente.

Vale observar que no levantamento quantitativo de estoques referente às infrações 04 e 05, o autuante considerou o crédito presumido de 8%, conforme previsto no § 1º do art. 408-S do RICMS/97.

Diante do exposto, as infrações 01, 04, 05 e 06 são integralmente subsistentes, e as infrações 02 e 03, parcialmente subsistentes.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## 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 **206921.0005/06-6**, lavrado contra **ELENICE FERREIRA COSTA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$43.616,56**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.318,70, de 60% R\$26.692,54 e

de 70% sobre R\$15.605,32, previstas no artigo 42, incisos I, alíneas “b”, itens 1 e 3, II, “a”, e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2011.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR