

A. I. Nº - 147771.0001/09-5
AUTUADO - G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - VALDEMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET 22.09.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0242-05/11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA NÃO CONTABILIZADA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção legal de omissão de saídas tributadas. Acolhidas as razões de defesa. Infrações 1 e 4 parcialmente subsistentes. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. Infração 02 subsistente em parte, após considerações das razões de defesa. Infração 9 subsistente em parte, após deduzir parcela de crédito fiscal. 3. LIVRO E DOCUMENTO FISCAL. ENTRADA DE MERCADORIA NÃO REGISTRADA. MULTA. Comprovado o lançamento na escrita fiscal. Infração insubstancial. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA APLICAÇÃO PARA EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovada a infração. Exigência subsistente. 5. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA SUJEITA AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exclusão de mercadorias sujeitas ao regime normal. Exigência subsistente em parte; b) FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS COM SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Exigência reconhecida. 6. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado, em 20/05/09, para exigir o débito no valor de R\$ 597.628,47, em decorrência da constatação de nove infrações, relativas aos exercícios de 2004 e 2005, consoante documentos às fls. 14 a 340 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saída de mercadorias tributáveis, com ICMS exigido de R\$ 63.394,07, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Omissão de receitas tributadas caracterizadas por notas fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas e não comprovados os lançamentos na escrita contábil após prazo concedido ao contribuinte, apuradas através de vias de notas fiscais (fls. 209 a 293 e 335), retidas nos postos fiscais constantes do CFAMT, conforme demonstrado às fls. 14 a 16 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 2 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 11.339,17, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 88 e 89. Notas fiscais de entradas de mercadorias não registradas no livro Registro de Entradas, apuradas através de vias de notas fiscais (fls. 209 a 293 e 335), retidas nos postos fiscais constantes do CFAMT, conforme demonstrado às fls. 14 a 16 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 3 - Multa, no valor de R\$ 1.074,55, decorrente da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, apuradas através de vias de notas fiscais (fls. 209 a 293 e 335), retidas nos postos fiscais constantes do CFAMT, conforme demonstrado às fls. 14 a 16 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 4 – Omissão de saída de mercadorias tributáveis, com ICMS exigido de R\$ 43.586,42, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Omissão de receitas tributadas

caracterizadas por notas fiscais não lançadas no livro Registro de Entradas e não comprovados os lançamentos na escrita contábil após prazo concedido ao contribuinte, constantes do SINTEGRA, conforme demonstrado às fls. 17 e 18 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 5 – Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 55.308,36, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias tributadas por ECF, regularmente escrituradas, conforme demonstrado às fls. 19 a 23 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 65.158,37, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária e isentas, conforme demonstrado às fls. 24 a 35 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 7 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 64.515,37, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, conforme demonstrado às fls. 36 a 75 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 8 – Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 264.336,86, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria no exercício de 2005, conforme demonstrado às fls. 76 a 195 e CD-R (fl. 341).

INFRAÇÃO 9 – Deixou de recolher o ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 28.915,31, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida da parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo do estoque, conforme demonstrado às fls. 196 a 208 de CD-R (fl. 341).

Às fls. 348 a 426 dos autos, o autuado apresenta defesa, tempestiva, onde, em relação à infração 1, cuja acusação fiscal é a omissão de saídas de mercadorias tributáveis por falta de escrituração de notas fiscais, colhidas no CFAMT, no Registro de Entradas, relaciona notas fiscais às quais, segunda a defendant, encontram-se escrituradas no livro Registro de Entradas ou foram devolvidas ao fornecedor ou não foram recebidas, do que, como prova de suas alegações, anexa documentos às fls. 451 a 503 dos autos, do que requer a realização de diligência fiscal pela ASTEC a fim de que sejam examinados todos os documentos anexados e a elaboração de novo demonstrativo do débito.

Inerente à infração 2, relativa à falta de recolhimento do ICMS por antecipação em razão da falta de escrituração de notas fiscais no Registro de Entradas, igualmente ao item anterior, relaciona notas fiscais que diz se encontrar escrituradas ou foram devolvidas ao fornecedor, consoante documentos às fls. 505 a 529 dos autos, do que reitera o pedido de diligência.

Em relação à infração 3, a qual exige a multa por ter dado entrada de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, diz que as Notas Fiscais de nºs 160469 e 188723 foram escrituradas, conforme documentos às fls. 531 a 534 dos autos.

Quanto à infração 4, cuja acusação é de omissão de saídas de mercadorias por falta de escrituração de notas fiscais, colhidas no SINTEGRA, no Registro de Entradas, também relaciona notas fiscais os quais se encontram escrituradas ou foram devolvidas ao fornecedor, conforme documentos às fls. 536 a 576 dos autos, do que reitera a diligência.

No tocante à infração 5, a qual exige o imposto em razão de erro na aplicação da alíquota nas saídas por ECF, informa que efetuará o pagamento parcial da infração, no valor de R\$ 3.305,74, e em relação à parte impugnada, sustenta que utilizou a alíquota correta de 12%, conforme previsto no art. 87, inciso XXVIII, do RICMS/BA, por se tratar de derivados de leite, visto que a aplicação desse benefício somente para a indústria e não para os demais seguimentos fere o princípio da isonomia e a prejudica, pois terá que arcar com a carga tributária majorada.

Referente à infração 6, inerente à utilização indevida de crédito fiscal de mercadorias sujeitas à substituição tributária e isentas, diz que cometeu um equívoco ao não transmitir os arquivos

magnéticos do exercício de 2005, após correção de sua escrita fiscal e realização de denúncia espontânea, conforme documentos às fls. 578 a 595 dos autos. Diz que, embora a fiscalização tenha considerado os valores pagos através de denúncia espontânea, o fato de considerar os arquivos magnéticos desatualizados fez com que fosse apurado débito inexistente. Invoca o princípio da verdade material, do que requer diligência. Por fim, identifica que alguns produtos não fazem parte das mercadorias constantes do art. 353 do RICMS/BA, a exemplo de: açúcar karamello colorido, bateria rosita, castanha do pará, CD rom, conforme documentos às fls. 597 a 614 dos autos.

Quanto à infração 7, a qual exige a estorno de crédito fiscal relativo às mercadorias saídas com redução de base de cálculo, o autuado informa que efetuará o pagamento integral da infração.

Inerente à infração 8, relativa à omissão de saídas apuradas através de auditoria de estoque, aduz o autuado a necessidade de revisão do levantamento quantitativo, uma vez que existem produtos com entrada com um determinado código e saída por código diferente, o que distorceu o resultado e ensejou na diferença apurada. Cita pareceres da ASTEC em diligências similares e decisões do CONSEF, conforme documentos às fls. 616 a 657 dos autos. Requer a realização de diligência fiscal, do que relaciona os produtos que entendem ser excluídos do levantamento, por similaridade, conforme demonstrativo às fls. 379 a 417 e comprovantes às fls. 659 a 1.024 dos autos.

Em relação à infração 9, a qual exige o ICMS por antecipação por ter adquirido mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária sem documento fiscal, o autuado aduz que, conforme art. 1º da Portaria nº 445/98, as omissões devem ser cobradas em cima da maior grandeza, ou seja, as omissões de saídas e desconsiderar as omissões de entradas.

Por fim, reitera o pedido de diligência fiscal por preposto da ASTEC, em relação às infrações 1 a 4, 6 e 9, do que tece comentários sobre o princípio da busca da verdade material, a fim de que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

O autuante, ao prestar a informação fiscal às fls. 1028 e 1049 dos autos, diz que todas as infrações estão devidamente respaldadas na legislação e nos dados constantes dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, os quais foram confrontados com os dados escriturados nos livros fiscais, ou seja, todos os elementos constantes do Auto de Infração estão respaldados nos documentos fiscais da empresa. Diz que a autuada em nenhum momento contesta os valores apurados no levantamento fiscal, apenas traz alguns elementos por ela levantados com os documentos comprobatórios, que foram examinados e acatados, com exceção de:

INFRAÇÃO 1:

1ª) A Nota Fiscal nº 32712, de 13/02/05, emitida pela San Remo S/A, com ICMS no valor de R\$ 647,30, alega a autuada que foi escriturada no mês de julho/2005 (doc 03), porém a cópia do livro Registro de Entradas que apresenta refere-se ao mês de julho/2006 e os dados da Nota Fiscal nº 32712 escriturada não correspondem aos dados da Nota Fiscal relacionada no Auto de Infração;

2ª) A Nota Fiscal nº 8, de 01/06/05, emitida por Coop Mista Distr de Carne da Bahia Ltda, a autuada alega que foi devolvida ao remetente, mas não comprova tal fato, uma vez que o documento anexado às suas razões de defesa (doc 08) refere-se apenas a uma comunicação informando que a aludida Nota Fiscal não pertence ao G. Barbosa Comercial Ltda e não apresenta nenhum documento que comprove o retorno da mercadoria ao remetente, como estabelece o art. art. 654 do RICMS/BA;

3ª) A Nota Fiscal nº 78402, de 29/12/05, emitida por Ortopasso Calçados Ltda, alega que foi devolvida ao remetente, mas não comprova tal fato, uma vez que o documento anexado à defesa (doc. 11) só apresenta a comprovação da devolução das mercadorias da Nota Fiscal 78293;

4ª) A autuada alega que a Nota Fiscal nº 1063, de 03/05/05, emitida por Spectra Nova Prod Ed e Com Ltda, com ICMS de R\$ 2.329,00, não foi recebida e que foi objeto do Auto de Infração n. 278007.0165/05-3(doc. 12), contudo tal exigência refere-se às notas fiscais 0294 e 0293, emitidas em 03/05/2005, conforme Termos de Apreensão de Mercadorias e Documentos nº 129302 (fl. 493).

Assim, a infração 1 remanesce no valor de R\$ 36.938,64, conforme demonstrado às fls. 1036/1037.

Na infração 2, não foi acatada a alegação da autuada de que a Nota Fiscal nº 78402, de 29/12/05, emitida por Ortopasso Calçados Ltda, foi devolvida ao remetente, uma vez que o “doc. 11” só

apresenta a comprovação da devolução das mercadorias da Nota Fiscal nº 78293. Assim, a infração 2 remanesce no valor de R\$ 1.680,33, conforme demonstrado às fl. 1038 dos autos.

A infração 3 é insubstancial, após comprovada a escrituração das Notas Fiscais nºs 188723 e 160469.

Na infração 4 a autuada alega que as notas fiscais 1236, 1867 e 2048, emitidas por Spectra Nova Prod Ed e Com Ltda, não foram recebidas e que foram objeto dos Autos de Infração nºs 278007.0216/05-7, 2991660126/05-4, 2991660130/05-1 e 2991660131/05-8 conforme “doc. 26”. Ocorre que tais notas fiscais foram objeto de ação fiscal por falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição tributária. Como a autuada não apresenta nenhuma prova que efetivamente as mercadorias retornaram ao estabelecimento remetente, como estabelece o artigo 654 do RICMS/BA, o autuante mantém a autuação desse item, reduzindo a infração 4 para R\$ 28.926,49, conforme demonstrado às fl. 1040 dos autos.

Na infração 5, aduz o autuante que o contribuinte nesta infração não questiona a ação fiscal, e sim o benefício da redução da carga tributária do ICMS concedido pelo Estado da Bahia para os produtos derivados do leite apenas aos fabricantes destes produtos. Como a autuada confirma que infringiu a legislação, apenas arguindo o princípio da isonomia, mantém a exigência, no valor de R\$ 55.308,35, tendo em vista que o apelante não é fabricante dos produtos objeto da ação fiscal e o ICMS reclamado está em conformidade com o RICMS/BA.

Na infração 6, aduz o autuante que os dados foram extraídos dos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ e foram confrontados com os dados escriturados nos livros fiscais da autuada, que refletem suas operações e todos os dados registrados em sua escrita fiscal. Diz que os dados apurados pela autuada como utilização indevida de crédito que serviram de base para a denúncia espontânea e posterior recolhimento à SEFAZ, cujos comprovantes estão anexados às razões de defesa, foram considerados e deduzidos nos demonstrativos (fls. 24/35) que serviram de base para a apuração da infração. Entende que não tem fundamento à realização de diligencia fiscal para recalcular o débito da infração 6 com a verificação dos valores apurados conforme arquivos magnéticos retransmitidos, pois dos valores apurados pela fiscalização foram deduzidos os valores recolhidos através da denúncia espontânea do contribuinte. Quanto aos produtos que a impugnante alega que não são tributados pelo regime da substituição tributária, aduz que foram acatados os produtos: Açúcar Karamelo Colorido (NCM 1701.9100); Bateria Rosita (NCM 9503.5000); Castanha do Pará (NCM 0801.2100) e CD ROM (NCM 8523.5990 e 8524.3100), alterando os valores da infração para R\$ 63.353,02, conforme demonstrado às fl. 1041 dos autos.

Na infração 7 a autuada informa que efetuará o pagamento integral da exigência.

Na infração 8, o autuante reitera que o levantamento fiscal foi elaborado com base nos dados escriturados na contabilidade da autuada e nos documentos fiscais por ela emitidos e refletidos em seus arquivos magnéticos. Diz que a autuada embasa sua defesa com o argumento que teriam entrado produtos por um código e saído por código diferente, porém, o defensor procurou simplesmente agrupar todos os produtos da mesma espécie para compensar omissões. Salienta que a própria empresa cadastrou os produtos e os inventariou separadamente, tendo em vista as características de cada produto, pois, no Registro 74 (Inventário), todas as mercadorias são listadas isoladamente, a exemplo de: BICIC CALOI CECI LILAS BABY ARO 12, código nº 238342, e BICIC CALOI CECI LILAS BABY ARO 16, código nº 238352; FOGAO CONTINENTAL ASTRA I DUET 4B BC, código nº 201187, e FOGAO CONTINENTAL AVANCE II 6B BCO, código nº 280958. Registra que a Portaria 445/98 estabelece as condições em que se deve fazer o agrupamento de itens de mercadorias no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, sendo que, para o presente levantamento, todas as mercadorias que a autuada tenta agrupar alegando similaridade tem descrição específica e identifica o tipo, a marca, o modelo, a capacidade, o tamanho, enfim todas as características que permitem constatar claramente tratar-se de produtos distintos. Assim, entende que não há o que se falar que os produtos entraram com um código e tiveram saídas por códigos diferentes. Diz que outro fato relevante que deve ser observado é a divergência de preços de venda que foram praticados pela autuada nas mercadorias que ela pretende agrupar, o que, segundo o autuante, mais uma vez vem demonstrar a improcedência das alegações da autuada, a exemplo

de ASPIRADOR ELECTROLUX MONDO 110V, código nº 75795, no valor de R\$ 89,90, e ASPIRADOR ELECTROLUX TRIO 1200W, código nº 227536, no valor de R\$ 189,00. Mantém a exigência fiscal.

Na infração 9, o autuante diz que, no levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, a Portaria nº 445/98 estabelece que sejam cobradas as omissões em cima da maior grandeza referente às mercadorias sujeitas à tributação normal do ICMS. Ressalta que, na infração 9, o que está se exigindo é o ICMS por antecipação sobre as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária relacionadas no anexo 88, que saíram sem tributação do ICMS, cujo imposto na entrada das mercadorias no estabelecimento é de responsabilidade do destinatário. Mantém a exigência.

Afinal, aduz o autuante que as provas apresentadas e consideradas procedentes, foram devidamente acatadas alterando o valor do Auto de Infração de R\$ 597.628,47 para R\$ 543.974,37, do que não vê motivo para a realização de diligencia, como requer a impugnante. Anexa novos demonstrativos.

O autuado, em nova manifestação, inicialmente, reitera seu pedido de diligência fiscal pela ASTEC, visto que outras notas fiscais, às fls. 1120 a 1127 dos autos, enviadas pelo fornecedor após sua defesa, devem ser excluídas, o que justifica a necessidade do pedido da diligência.

No mérito, quanto à infração 1, aduz que, de fato, houve um equívoco da autuada quanto à digitação na defesa, tendo mencionado o mês de julho de 2005 quando na verdade a Nota Fiscal 32712 se refere ao mês de fevereiro de 2006, conforme comprova cópia do livro Registro de Entradas, à fl. 1109. Assevera que a Nota Fiscal nº 32712 faz parte da exigência fiscal, do que confronta com os dados da acusação fiscal. Em relação à Nota Fiscal nº 08, diz que apresentou a declaração enviada pelo fornecedor confirmado que a referida Nota Fiscal não pertence à autuada. Diz que o autuante não concordou com a prova, contudo não apresenta uma justificativa plausível. Alega que o autuante cometeu um equívoco em não ter observado que o número da Nota Fiscal nº 1063 é o número do formulário e que o verdadeiro número é 294, conforme fls. 1112/1118 dos autos.

Em relação à infração 2, diz que a Nota Fiscal nº 340183 (fl. 1126) foi devolvida ao fornecedor.

No tocante à infração 3, requer a homologação da exclusão realizada na informação fiscal.

Quanto à infração 4, diz que o autuante alega que as Notas Fiscais nºs 1236, 1835, 1867 e 2048, emitidas pela Spectra Nova Produção Edificação e Comércio Ltda, não comprovam o retorno das mercadorias ao remetente. Contudo, o autuado afirma que as referidas notas fiscais são de produtos enquadrados na substituição tributária e que por falta de recolhimento foram retidas no posto fiscal e após pagamento do imposto e termo de liberação, conforme documentos às fls. 551 a 569 dos autos, não resta mais nada a ser pago destas notas, sendo a cobrança indevida.

Em relação à infração 5, informa que realizou o pagamento parcial, no valor de R\$ 3.305,74, do que reitera seu pedido de diligência, com a exclusão dos produtos indicados no seu demonstrativo da sua impugnação e elaboração de novo demonstrativo do débito, pois entende que a carga tributária que utilizou está correta, uma vez que o certo é aplicar o benefício para os demais contribuintes, de modo que todos tenham a mesma carga tributária (princípio da isonomia).

No tocante à infração 6, requer a homologação das exclusões efetuadas na informação fiscal e, em relação à parte da defesa não acatada, reitera o pedido de diligência à ASTEC, do que alega falha na emissão dos arquivos SINTEGRA, uma vez que cometeu um equívoco ao não retransmitir os arquivos magnéticos do exercício de 2005, após correção dos erros em sua escrita fiscal e realização de denúncia espontânea (princípios da verdade material e da ampla defesa).

Quanto à infração 7, informa que efetuou o pagamento integral, conforme DAE à fl. 1.129 do PAF.

Em relação à infração 8, reitera a diligência pela ASTEC, visto a existência, no levantamento quantitativo de estoque, de produtos com entrada por um determinado código e saída por código diferente, ensejando na diferença apurada cujo critério da similaridade já vem sendo reconhecido pelo CONSEF com a indicação da realização de diligência pela ASTEC. Cita decisões. Aduz, ainda, que perdas e extravios geram distorções no levantamento quantitativo de estoques.

Inerente à infração 9, ressalta que a exigência é sobre a omissão de entrada e que conforme a Portaria nº 445/98 as omissões devem ser cobradas em cima da maior grandeza, ou seja, as omissões de saídas e desconsiderar as omissões de entrada.

Por fim, tece comentários sobre o princípio da busca da verdade material e da necessidade de diligência fiscal.

O autuante, em nova informação fiscal, às fls. 1136 a 1138, aduz que, em relação à infração 01, a autuada comprova a escrituração da Nota Fiscal nº 32712, de 13/02/05, com ICMS de R\$ 647,30. Quanto à Nota Fiscal nº 08, a qual a defendant apresentou declaração do fornecedor de que a referida Nota Fiscal não pertence a autuada, sustenta o autuante que o contribuinte não comprovou o ingresso das mercadorias no estabelecimento remetente, como estabelece o art. 654 do RICMS/BA. Inerente à Nota Fiscal 294, a qual a autuada esclarece que foi lançada no levantamento fiscal com o número do formulário 1063 e que foi objeto do Auto de Infração nº 278007.016505-3, o autuante ressalta que tal documento fiscal foi objeto daquela ação fiscal por falta de retenção do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, e que o defendant não apresenta nenhuma prova que efetivamente as mercadorias retornaram ao estabelecimento remetente, como estabelece o art. 654 do RICMS. Diz que ficou comprovado o retorno para o remetente das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 340183, de 08/11/05, com ICMS no valor de R\$ 227,66. Assim, concluiu que remanesce o valor de R\$ 36.063,68 para a infração 1, conforme demonstrado à fl. 1137 dos autos.

Quanto à infração 2, aduz que a autuada comprova o retorno para o estabelecimento remetente das mercadorias constantes da Nota Fiscal nº 340183, com ICMS de R\$ 227,66, do que remanesce o valor de R\$ 1.466,72 para a infração 2, conforme demonstrado à fl. 1137 dos autos.

Com relação aos demais termos da manifestação da autuada, aduz não identificar nenhum fato novo que não tenha sido devidamente contestado na informação fiscal, do que altera o valor do Auto de Infração de R\$ 543.974,37, constante da informação fiscal fls. 1028 a 1065, para R\$ 542.885,80.

À fl. 1152 dos autos, o Processo Administrativo Fiscal foi convertido em diligência, por determinação desta 5ª Junta de Julgamento Fiscal, para que auditor fiscal estranho ao feito se manifeste acerca das contra-razões apresentadas pelo contribuinte (fls. 1068/1102) e documentos anexos, considerando a necessidade de se atender aos princípios da verdade material, do contraditório e da ampla defesa.

Em despacho, à fl. 1153 dos autos, o supervisor de fiscalização da IFEP Comércio, consigna que “*Com a informação prestada pelo Auditor autuante, solicito dar vistas ao Autuado e, após o prazo de dez dias da data da ciência, encaminhar ao CONSEF/ASTEC para dar ciência ao nobre relator, Tolstoi Nolasco, tendo em vista que todas as solicitações feitas por ele estão, de forma clara, contidas às folhas 1129 a 1135 deste PAF, que compõem a informação fiscal do Auditor autuante, Valdemir Nogueira de Oliveira*”.

Intimado da informação fiscal, à fl. 1154 dos autos, o autuado não se manifesta.

Às fls. 1157/1158 dos autos, na assentada de julgamento, a 5ª JJF, em deliberação não unânime, decidiu converter o PAF em diligência a ASTEC/CONSEF com o objetivo de que:

1º) Intime o contribuinte para apresentar os documentos que entender necessários para a defesa das infrações 01 a 04. Na hipótese de apresentação, refazer os demonstrativos respectivos;

2º) Elabore novo levantamento da infração 6, considerando as informações dos livros contábeis que não teriam sido consideradas no levantamento fiscal originário, proceda às correções e colacione cópias dos mencionados livros ao Parecer;

3º) Intime o contribuinte a apresentar as comprovações dos equívocos que entende tenham ocorrido no levantamento fiscal, relativas às infrações 8 e 9, efetuando, se for o caso, as devidas correções.

Às fls. 1161 a 1164 dos autos, a autuada atravessa requerimento para homologação da desistência parcial da sua impugnação, ressaltando que esta produzirá efeito tão-somente em relação aos fatos geradores detalhados, permitindo a inclusão parcial do respectivo débito no Programa de Recuperação Fiscal – REFIS, conforme detalhamento às fls. 1165 a 1167 dos autos.

Às fls. 1186 a 1194 dos autos, foi apensado o Parecer ASTEC nº 47/2011, no qual, em relação à infração 08, foi constatado que:

"No caso presente, verificamos consistência no procedimento fiscal e não vemos pertinência nos argumentos defensivos do Impugnante que, além de não encontrar guarida na legislação tributária se lastreiam apenas na subjetividade argumentativa sem apresentação de objetivas provas materiais;"

Como também que:

"De fato, no caso em tela, todas as mercadorias em que se verificaram omissões possuem características que as distinguem das demais, aliás, codificadas especificamente pela própria empresa, não podendo se misturar mercadorias de diversos modelos e tamanhos como demonstra o autuante na sua Informação Fiscal (fls. 1043 a 1048), por exemplo: andadores para baby, aspirador de pó, alto-falantes, autorádios, batedeiras, confecções, vestuário, tipo: camisas, calças, bermuda, shorts, soutien, blusas, bonés, bolsas, fones, fornos microondas, furadeiras, geladeiras, impressoras, lavadoras, liquidificadores, malas, mesas, microsystem, monitores, persianas, processadores, racks, rádiosgravadores, refrigeradores, relógios, etc, cujos tamanhos e modelos possuem códigos específicos;"

Sendo assim, concluiu que:

"Portanto, por todo o acima exposto e não detectando incorreções ou irregularidade no procedimento fiscal concernente à auditoria por levantamento quantitativo de estoques, tecnicamente, devem ser mantidas as omissões nele apuradas"

Quanto à infração 9, o diligente aduz ter verificado equívocos em relação ao procedimento adotado pelo autuante inerente ao cálculo para exigência do ICMS, vez que não está de acordo com o estabelecido na Portaria nº 445/98, a qual indica tratamento diferenciado às mercadorias sujeitas à substituição tributária, exigindo em relação às omissões de entradas:

- O imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, aplicando a multa de 70%;
- O imposto devido por antecipação tributária calculado sobre a mesma omissão de entradas agregando-se a MVA e deduzindo o crédito do imposto calculado no item "a", com a multa de 60%, conforme determinado no art. 10, I, alíneas "a" e "b", da referida Portaria.

Deste modo, conforme demonstrado às fls. 1196 a 1209 dos autos, o diligente diz ajustar os valores devidos na infração 9 para R\$ 21.418,75 que é o valor devido na condição de responsável solidário. Chama a atenção que também é devido o valor de R\$ 7.496,56, entretanto, por se referir ao imposto por antecipação tributária calculado sobre a mesma omissão de entradas, agregando a MVA e deduzindo o crédito do imposto calculado, com multa de 60%, constitui outra infração não contida neste Auto de Infração.

Cientificado do Parecer ASTEC 47/2011 para se manifestar, querendo, o autuado não se pronuncia.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o débito, no montante de R\$ 597.628,47, relativo a nove irregularidades, sendo a infração 7, objeto de reconhecimento e recolhimento integral pelo autuado, logo, não fazendo parte da lide, sendo considerada procedente. Assim, a contenda se restringe apenas às demais exigências do Auto de Infração.

Inicialmente, há de se esclarecer que o pedido de diligência foi deferido apenas quanto às infrações 8 e 9, as quais se referem à auditoria de estoque. Contudo, quanto às demais infrações, por se considerar suficientes os elementos contidos nos autos, tal pedido foi indeferido.

Quanto às razões de mérito, com exceção das infrações 8 e 9, verifica-se que, após análise de todas as provas trazidas pelo autuado em suas manifestações, às fls. 348 a 426 e 1.072 a 1.107 dos autos, o autuante reduziu os respectivos débitos exigidos, consoante demonstrativos às fls. 1.028 a 1.049 e posteriormente às fls. 1.136 a 1.138, cujos valores remanescentes foram recolhidos pelo sujeito passivo, conforme documentos às fls. 1.069/1.070 e 1.165 a 1.167 dos autos. Assim, diante das provas trazidas ao processo, concordo com as alterações procedidas pelo autuante, conforme a seguir:

INFRAÇÕES	Auto de Infração	Revisão Fiscal	Valor Recolhido	Fls./PAF
1	63.394,07	36.063,68	36.063,68	1.166
2	11.339,17	1.466,73	1.478,14	1.166
3	1.074,55	-	-	
4	43.586,42	28.926,49	28.926,49	1.166
5	55.308,35	55.308,35	56.614,82	1.069 e 1.166
6	65.158,37	63.353,02	63.353,02	1.166/1.167

Diante de tais constatações, a infração 1 subsiste em parte, no valor de R\$ 36.063,68, conforme demonstrativo à fl. 1.137 dos autos; a infração 2 subsiste em parte, no valor de R\$ 1.466,73, conforme demonstrativo à fl. 1.137; a infração 3 é insubstancial; a infração 04 subsiste em parte, no valor de R\$ 28.926,49, conforme demonstrativo à fl. 1.040; a infração 05 é subsistente, no valor original de R\$ 55.308,35, conforme demonstrativo à fl. 3, e a infração 06 subsiste em parte, no valor de R\$ 63.353,02, conforme demonstrativo à fl. 1.042 dos autos.

Inerente à infração 8, a qual exige o ICMS no valor de R\$ 264.336,86, em razão da constatação da omissão de saídas de mercadorias tributadas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício de 2005, cujo levantamento se baseou nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos SINTEGRA, verifico que a auditoria de estoque está fundamentada em levantamentos de: estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, consoante diversos demonstrativos apensados aos autos e entregues ao sujeito passivo, conforme fls. 76 a 195 dos autos, não tendo o contribuinte se incumbido de elidir a acusação fiscal, limitando-se, apenas, a alegar a necessidade de revisão do levantamento quantitativo, uma vez que existem produtos com entrada com um determinado código e saída por código diferente, o que distorceu o resultado e ensejou na diferença apurada.

Entretanto, através da diligência efetuada, Parecer ASTEC nº 47/2011, foi constatada a consistência do procedimento fiscal, pois todas as mercadorias em que se verificaram omissões possuem características que as distinguem das demais, codificadas especificamente pela própria empresa, tendo o diligente concluído que não pode se misturar mercadorias de diversos modelos e tamanho, a exemplo de: eletrodomésticos e confecções, cujos tamanhos e modelos possuem códigos e preços específicos.

Assim, não tendo o sujeito passivo demonstrado a existência de qualquer equívoco cometido pelo autuante, concluo como verdadeiros os números apurados no levantamento fiscal e, em consequência, subsistente a infração 8, no valor original de R\$ 264.336,86.

Por fim, quanto à infração 9, a qual exige o ICMS por antecipação tributária, no valor de R\$ 28.915,31, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida da parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo do estoque, conforme documentos às fls. 196 a 208 dos autos, verifico não proceder a alegação do autuado de que a exigência é sobre a omissão de entrada e que conforme a Portaria 445/98 as omissões devem ser cobradas em cima da maior grandeza, ou seja, as omissões de saídas e desconsiderar as omissões de entrada, pois, conforme bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, a aludida Portaria 445/98 estabelece que seja exigido o imposto sobre a omissão de maior expressão monetária referente às mercadorias sujeitas à tributação normal do ICMS.

No caso concreto, a infração 9 exige o ICMS por antecipação sobre calçados, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, adquiridas sem documentação fiscal e, em consequência, sem retenção e recolhimento do ICMS por antecipação tributária, cujo imposto na entrada das mercadorias no estabelecimento é de responsabilidade do destinatário.

Contudo, no caso específico, por se tratar de aquisição sem documentação fiscal de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, caberia a exigência de duas infrações, a saber:

- a primeira, para exigir o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, com multa de 70%, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, nos termos previstos no art. 6º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96;
- e a segunda, para exigir o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/BA, deduzida a parcela do tributo calculada na forma anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60%, conforme previsto no art. 8º, II, da Lei nº 7.014/96.

Da análise do levantamento fiscal, às fls. 196 a 208 dos autos, verifica-se que o autuante, além de não exigir o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, também apurou o imposto por antecipação tributária sem deduzir o crédito fiscal, o qual deixou de tributar. Sendo assim, da infração 9, no valor de R\$ 28.915,31, deve-se deduzir a parcela do tributo, a título de crédito fiscal, no valor de R\$ 21.418,75, conforme apurado no Parecer ASTEC nº 47/2011, às fls. 1.196 a 1.209, do que remanesce o valor de R\$ 7.496,56 a título de ICMS por antecipação tributária, com multa de 60%, conforme acusação fiscal consignada no Auto de Infração.

Infração 9 subsistente em parte no valor de R\$ 7.496,56.

Contudo, nos termos do art. 156 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, para se exigir o imposto de responsabilidade solidária do sujeito passivo, no valor de R\$ 21.418,75, apurado sobre as entradas de calçados sem documentação fiscal, conforme levantamento quantitativo de estoque.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 521.467,05, sendo: R\$ 36.063,68, relativo à infração 1, conforme demonstrativo à fl. 1.137 dos autos; R\$ 1.466,72, relativo à infração 2, conforme demonstrativo à fl. 1.137; R\$ 28.926,49, relativo à infração 4, conforme demonstrativo à fl. 1.040; R\$ 55.308,35, relativo à infração 5, conforme demonstrativo à fl. 3; R\$ 63.353,02, relativo à infração 6, conforme demonstrativo à fl. 1.042; R\$ 64.515,37, relativo à infração 7, conforme demonstrativo à fl. 4; R\$ 264.336,86, relativo à infração 8, conforme demonstrativo à fl. 4, e R\$ 7.496,56, relativo à infração 9, conforme demonstrativo à fl. 1.196 a 1.209 dos autos, devendo-se homologar as quantias já recolhidas.

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 **147771.0001/09-5**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$521.467,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$192.140,03 e 70% sobre R\$329.327,03, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “d”; VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício, desta 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, 15 de setembro de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA