

A. I. Nº - 299130.0021/08-0
AUTUADO - FITOHERB NORDESTE DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTES - MARCUS VINICIUS BADARÓ CAMPOS e JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 25.10.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0279-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Ajuste no procedimento fiscal reduziu o valor devido. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. IMPOSTO EXIGIDO SOBRE DIFERENÇA DE MAIOR EXPRESSÃO – A DAS ENTRADAS – COM BASE EM PRESUNÇÃO LEGAL. Infração improcedente em face de revisão no procedimento pelos próprios autuantes. c) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO POR SOLIDARIEDADE. d) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. IMPOSTO DE RESPONSABILIDADE DO PRÓPRIO SUJEITO PASSIVO. Infrações improcedentes em face de revisão no procedimento pelos próprios autuantes. 2. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. CONTRIBUINTE SUBSTITUTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ICMS. Valor reduzido mediante comprovação de recolhimento tempestivo de parte do valor autuado. Infração parcialmente subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. MATERIAL DE USO E CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e para materiais para consumo próprio pelo estabelecimento. Infração reconhecida. Não acolhidas as arguições de nulidade e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/06/2008, exige o valor de R\$113.673,20, em razão do cometimento das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS relativo a 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. Exercício de 2003, sendo exigido ICMS no valor de R\$41.485,99, acrescido da multa de 70%;
2. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante

- levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa R\$100,00. Exercícios: 2003 e 2004;
3. Falta de recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – 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, no mesmo exercício. Valor: R\$27.820,57. Exercício: 2004;
 4. Falta de recolhimento de ICMS, 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: R\$11.616,36. Exercício: 2004;
 5. Falta de recolhimento de ICMS, 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 parcela do tributo calculado 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 por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor: R\$27.265,19. Exercícios: 2003 e 2004;
 6. Deixou de efetuar o recolhimento de 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 nos anexos 88 e 89 do RICMS-BA. Valor: R\$5.170,61. Período: fevereiro a dezembro de 2003 e janeiro a dezembro de 2004;
 7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. Valor: R\$214,48. Período: fevereiro a abril e julho de 2003.

O autuado impugna o lançamento às folhas 128/134, da seguinte forma:

INFRAÇÃO 1 – Reconhece o valor de R\$1.153,37, relativo a diferença de alguns itens, conforme demonstrativo de fls. 135 a 138. Alega que a parte não reconhecida refere-se a erro cometido pelo autuante ao elaborar sua planilha SAFA não incluindo o saldo inicial e final das mercadorias conforme constam nos arquivos Sintegra de inventário entregues regularmente. Constan ainda, no relatório do autuante, material de uso e consumo, material de divulgação e imobilizado que por não serem materiais de revenda não devem constar da relação;

INFRAÇÃO 2 – Não reconhece a infração. Diz que, como pode ser constatado nos registros da SEFAZ e nos comprovantes que apresentou aos autuantes, cumpriu todas as obrigações principais e acessórias tempestivamente e os eventuais enganos ocorridos de pequenas diferenças de recolhimentos se devem a falha nos cálculos ou incorreção na digitação, o que não caracteriza o descumprimento da obrigação acessória;

INFRAÇÃO 3 – Reconhece o valor de R\$335,05 relativo a diferença de alguns itens relacionados no anexo 1 (fls. 144/145) e quanto aos demais, repete a alegação feita para a infração 01, dizendo constar no relatório dos autuantes material de divulgação e imobilizado que por não terem saídas tributadas não deveriam constar da relação;

INFRAÇÃO 4 - Reconhece o valor de R\$753,39 relativo a diferença de alguns itens relacionados no anexo 1 (fls. 146/147) e quanto aos demais alega erro cometido pelo autuante ao elaborar sua planilha SAFA não incluindo o saldo inicial e final das mercadorias conforme constam nos arquivos Sintegra de inventário entregues regularmente;

INFRAÇÃO 05: Não reconhece a infração. Alega que no relatório de auditoria de estoques (SAFA) referente aos anos 2003 e 2004, a divergência se deve a erro por não incluir o saldo inicial e final

das mercadorias conforme constam nos arquivos Sintegra de inventário entregues regularmente. Anexa demonstrativo que elaborou às fls. 148 a 158. Aduz que, além desse erro, cometeram o engano de considerar como sujeitas à substituição tributária, mercadorias que não são, pois possuem os seguintes códigos: 21.06.90.30/90 – complementos alimentares; 19.01.10.90 – outras mercadorias relacionadas como preparações alimentícias; 22.02.90.00 – alimentos para praticantes de atividades físicas;

INFRAÇÃO 06: Do demonstrativo de débito original, reconhece o valor de R\$591,36, conforme demonstrativo que faz à fl. 133. Quanto aos demais itens, diz terem sido pagos tempestivamente conforme guias de recolhimentos apresentadas aos autuantes quando da fiscalização, cujas cópias anexa à defesa;

INFRAÇÃO 07: Reconhece a infração informando pagamento conforme DAE que anexa.

Na informação fiscal de fl. 181, os autuantes dizem: a) No concernente à infração 06, após inclusão dos recolhimentos apresentados na defesa, houve redução da substituição tributária apurada, de R\$5.170,61 para R\$1.503,53, conforme planilha de fls. 182/183; b) No que se refere às infrações 01 a 05, há divergências nos saldos de estoques (iniciais e finais), em algumas mercadorias da amostragem selecionada, constante do livro Registro de Inventário, cujos montantes não correspondem nesses casos, aos encontrados nos arquivos magnéticos do Sintegra, e, também, existe itens na amostra em referência que embora constem nos arquivos magnéticos do contribuinte, não são objeto de comercialização da empresa (material de uso e consumo, imobilizado, etc.). Estes fatos tornam indispensável uma total revisão do SAFA, o que alterará os valores das infrações, razão pela qual solicitam abertura de OS para execução do procedimento. Em face disto, na oportunidade ajustam apenas a infração 06, mantendo as demais.

Às fls. 187/188 o contribuinte se manifesta sobre a informação fiscal dizendo-se fragilizado, em virtude de não ver menção de fundamentação legal para a solicitação de nova OS por não saber se para uma diligência ou não, pois acredita que novas informações poderão ser levantadas novamente com erros e passar a ter apenas 10 dias para se manifestar. Reproduz o §6 do art. 127 do RPAF para dizer que a informação fiscal não é clara.

Aduzindo que na sua impugnação não trouxe fatos desconhecidos da fiscalização para que se justifique o pedido dos auditores, pede seu indeferimento.

Às fls. 342/343, os autuantes produzem nova informação fiscal dizendo que em função da inclusão de novos valores nos estoques iniciais e finais dos exercícios fiscalizados, conforme cópia dos Registros de Inventário 2002, 2003 e 2004 e da exclusão dos itens relativos a bens de consumo e do ativo imobilizado, procedimento que objetivou corrigir arquivos magnéticos do SINTEGRA inconsistentes através do SVAN da SEFAZ com intimação ao contribuinte para correção dos arquivos, houve redução dos valores exigidos, conforme demonstrativos anexos:

Infração 01: 2003/2004: de R\$41.485,99 para R\$12.907,23;

Infração 02: Os saldos iniciais e finais foram incluídos, ficando mantida a infração;

Infração 03: Os saldos iniciais e finais foram incluídos, excluindo-se a infração;

Infração 04: Os saldos iniciais e finais foram incluídos, excluindo-se a infração;

Infração 05: Os saldos iniciais e finais foram incluídos, entretanto, mantêm a infração tendo em vista que a argumentação da empresa de que as mercadorias relacionadas não fazem parte da relação de mercadorias obrigadas à restituição (?) tributária, é desprovida de fundamento, uma vez que o levantamento efetuado se baseou nos NCMs. No caso, os NCMs 2106.90 e 2202.90, constam no item 3.5 do art. 353 do RICMS. Logo, a infração 05 deve ser mantida apenas considerando a inclusão dos estoques inicial e final, reduzindo os valores para:

2003: de R\$19.138,64 para R\$5.638,49

2004: de R\$ 8.126,55 para R\$ 522,48

Total: R\$ 6.160,97

Face ao exposto, com a redução das infrações 01 e 05 para R\$12.907,23 e R\$6.160,97, respectivamente, considerando o valor já reconhecido e pago, com a manutenção dos demais, o montante do débito reclamado passa para R\$19.940,84, conforme demonstrativos anexos.

Às fls. 347 a 354, o contribuinte se manifesta dizendo que depois de sua manifestação contrária à informação fiscal de 28/01/2009 recebeu intimação para em 10 dias se manifestar sobre nova informação fiscal. Aduz que pagou R\$3.032,31, relativos a todas as infrações que entende devidas. Contestou os demais valores dizendo que o principal motivo das diferenças autuadas se deve ao fato de em 2003 existir 02 livros de inventário. O primeiro do período de 01 de janeiro a 30 de setembro e o segundo de 01 de outubro a 31 de dezembro.

Alega que a existência de dois inventários em 2003 se deve ao fato da empresa ter modificado o código de alguns produtos. Portanto, as infrações que consideram os saldos iniciais e finais de apenas de um dos livros de 2003 não podem prosperar, tendo em vista que não serão os saldos corretos dos produtos ali considerados.

Também contesta a cobrança de ICMS por omissão de saídas de produtos de uso e consumo e imobilizado, que não deveriam constar do AI nem nas informações fiscais, bem como o imposto por substituição tributária na infração 05 relativo a produtos que não estão sujeitos à ST.

Mas especificamente, assim se defende:

Infração 01: Dos R\$12.907,23 ajustados pelos autuantes, dizem o seguinte: a) do valor de R\$9.085,50 de 2003, apenas é devido R\$1.162,40, dos quais já reconheceu e pagou R\$1.153,37, restando apenas um débito de R\$9,03, isto porque não foram considerados os saldos finais do inventário de 30 de setembro de 2003 (anexo); b) em 2004 os autuantes exigem R\$3.821,73, sendo que no relatório constam produtos de uso e consumo e imobilizado no valor de R\$3.535,11, conforme relatório anexo, pelo que resta apenas um débito de R\$195,58. Assim, o total a pagar é R\$204,61 (R\$9,03 + R\$195,58).

Infração 02: Todas as obrigações tributárias foram cumpridas tempestivamente e os eventuais enganos ocorridos de pequenas diferenças de recolhimentos se devem a falha nos cálculos ou incorreções na digitação, o que não caracteriza o descumprimento de obrigação acessória.

Infração 03: Em face da exclusão desta infração pede que o valor de R\$335,05 a ela relativo e anteriormente recolhido seja considerado para reduzir valores que remanesçam ou, restituído caso nada reste devido.

Infração 04: Do mesmo modo argui para o valor de R\$751,89, em face da exclusão dessa infração.

Infração 05: A divergência se deve à não inclusão do saldo inicial e final das mercadorias, conforme constam nos arquivos Registro de Inventário do SINTEGRA. Além disso, afirmando que por não constarem na TIPI nem na tabela do art. 353 do RICMS (que transcreve), por serem cápsulas e pó de complementos alimentares, dizem que os autuantes consideraram como sujeitas à substituição tributária as seguintes mercadorias: 21.06.90.30/90 – complementos alimentares; 19.01.10.90 – outras mercadorias relacionadas como preparações alimentícias; 22.02.90.00 – alimentos para praticantes de atividades físicas.

Infração 06: Reproduzindo o demonstrativo da primeira informação fiscal, com base neste produz demonstrativo que do valor exigido (R\$1.503,53), reconhece R\$ 591,36.

Alega que os demais itens constam indevidamente da relação, pois, conforme guias de recolhimento apresentadas aos auditores e anexadas à defesa, as antecipações foram calculadas e recolhidas tempestivamente.

À fl. 429 os autuantes, com relação à infração 01, informam que o autuado reconheceu o valor de R\$1.153,37 (fls. 138 a 143), mas somente recolheu R\$1.139,50, restando, assim, uma diferença a pagar de R\$13,87, muito embora, em nova manifestação, considere que o saldo remanescente seja R\$9,03.

No mais, dizem nada mais averiguarem. Afirmam que a manifestação defensiva não apresenta fato novo com relação às demais infrações. Mantêm as infrações apensando seus demonstrativos.

Às fls. 459 a 469, o contribuinte volta a se manifestar repetindo que o principal motivo das diferenças autuadas e não reconhecidas se deve ao fato de existir dois livros de inventário para 2003, porque a empresa modificou o código de alguns produtos. Portanto, as infrações que consideram os saldos iniciais e finais de apenas um dos livros de 2003 não podem prosperar, tendo em vista que não serão os saldos corretos dos produtos ali considerados. Repete a contestação sobre exigência fiscal sobre produtos para uso e consumo e imobilizado, bem como sobre mercadorias indevidamente consideradas como passíveis de ST (infração 05). Individualiza protesto na seguinte ordem:

Infração 01: Repete o argumento exposto na sua manifestação anterior reconhecendo do valor ajustado de 2003 (R\$9.085,50), o valor de R\$1.162,40, sendo que já pagou R\$1.153,37, restando a recolher R\$9,03; Do valor ajustado de 2004 (R\$3.821,73), reconhece R\$195,58, pois a diferença se refere a produtos de uso e consumo e imobilizado.

Infração 02: Diz que se os autuantes considerarem os saldos corretos do inventário, conforme livros anexos, verá que não houve descumprimento de obrigação tributária acessória.

Infração 03: Em face da exclusão pelos autuantes, pede compensação ou restituição do valor de R\$335,07 que recolheu.

Infração 04: Idem, idem para o valor de R\$751,89.

Infração 05: Diz que, pela primeira vez, apresenta resposta de consulta à SEFAZ, onde consta que os produtos autuados são tratados como normais, entendimento diferente do manifestado pelos autuantes. Novamente transcreve tabela TIPI e listagem de mercadorias sujeitas à ST.

Frisa que o objetivo da consulta é compreender as reduções de base de cálculo do Dec. 7.799/00, por ter firmado Termo de Acordo em fevereiro de 2008 e não focava a questão aqui questionada. Entretanto, a resposta esclarece que a autuação está errada.

Infração 06: Produz demonstrativo do valor que reconhece como devido (R\$591,36), e diz que o restante é indevido por ter recolhido tempestivamente conforme DAES constantes dos autos.

À fl. 554, os autuantes informam o seguinte:

Infração 01: Repetem o dito na anterior informação fiscal;

Infração 02: Mesmo considerando os saldos iniciais e finais em estoque, após a solicitação do impugnante, conforme o livro apresentado pelo mesmo, permaneceu inalterado o valor exigido;

Infrações 03 e 04: Como existe procedimento específico para pedido de restituição de crédito, não podem fazer a compensação no PAF;

Infração 05: A argumentação do contribuinte à fl. 462 se baseia em parecer de 24/10/2008, exarado após os fatos geradores em discussão;

Infrações 06 e 07: O contribuinte não se pronunciou a respeito.

Às fls. 560/561 o contribuinte volta a se manifestar da seguinte forma:

Infração 01 – Mantém o conteúdo das suas anteriores manifestações.

Infração 02 – Confirma seus anteriores argumentos. Inconformado com a manutenção da infração pelos autuantes diz que, como já se enganaram tanto, eles poderiam criteriosamente conferir a documentação apresentada para a reverem. Ressalta a existência de dois livros de inventário para 2003 em virtude de alterações nas codificações dos produtos e, em se mantendo esta autuação, pede revisão por um terceiro auditor.

Infrações 03 e 04 – Solicita aos julgadores que, caso exista diferença de ICMS a recolher, que deduzam os valores pagos por elas, tendo em vista a exclusão.

Infração 05 – O parecer é de 2008, mas não houve mudança na tributação dos produtos nos anos da ação fiscal (2003 e 2004) e que um terceiro auditor fiscal poderia também se manifestar sobre esta infração.

Infrações 06 e 07 – Mais uma vez os autuantes se enganam ao dizerem que não se pronunciaram a respeito dessas infrações. A infração 07 foi paga e que a manifestação sobre a infração 06 está na página 10 da manifestação (fl. 468 do PAF).

À fl. 566 os autuantes rebatem a manifestação do contribuinte dizendo nada terem averiguado de novo a ensejar redução do valor exigido.

Conforme fls. 574/575 consta pedido de diligência com o seguinte teor:

Em relação à Infração 01, na manifestação de fl. 348 em contraditório à Informação Fiscal, o contribuinte alega:

a) Em relação a 2003, os autuantes não consideraram o Inventário de setembro de 2003 (anexo fls. 355 a 366), que, segundo ele, se incluído, seria devido apenas R\$1.162,40, dos quais pagou R\$1.153,37, restando remanescente R\$9,03;

b) Em relação a 2004, diz que do valor apurado na Informação Fiscal (R\$3.821,73), R\$3.535,11 se refere a material de uso e consumo e imobilizado, restando devido apenas R\$195,58.

c) Na Informação Fiscal de fl. 429, embora no demonstrativo de débito de fl. 430 conserve como devido para a infração 01 o valor de R\$11.753,86, em relação a essa infração os autuantes apenas salientam que o contribuinte reconheceu devido o valor de R\$1.153,37, mas somente recolheu R\$1.139,50, restando, assim, uma diferença a pagar de R\$13,87 e não R\$9,03.

Em relação à infração 06, na Informação Fiscal de fl. 181, os autuantes dizem ter acolhido os recolhimentos apresentados pelo autuado, reduzindo o valor do débito de R\$5.170,61 para R\$1.503,53, fazendo o demonstrativo de fls. 182/183.

Dessa infração, o autuado reconheceu devido o valor de R\$591,36, conforme demonstrativo de fl. 468, dizendo que os demais valores constam indevidos, pois foram apresentadas as guias de recolhimento à fiscalização e se encontram anexadas aos autos.

Analisando os autos e para garantir a concreção dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal, em especial os da verdade material, do informalismo e da garantia da ampla defesa, esta 5ª JF decidiu converter o processo em diligência à Inspeção de Origem para que:

I – AUTUANTES

a) Em relação à infração 01:

Esclarecer o exposto nas letras acima, ajustando os valores devidos na infração com os respectivos demonstrativos, se for o caso.

b) Em relação às infrações 04 e 05:

Considerando que a infração 05 decorre de existência da infração 04, pois se trata de omissão de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, explicar e justificar porque sendo excluída a infração 04 (Informação Fiscal de fl. 342), a infração 05 persistiu, inclusive também explicando e justificando porque em relação a 2003, somente foi exigido o imposto por antecipação tributária sem o devido por responsabilidade solidária;

c) Em relação à infração 06:

Considerando que nas informações fiscais de fls. 554 e 566, os autuantes apenas dizem que o contribuinte não se manifesta em relação à infração 06, o que discorda o autuado nas manifestações de fls. 347 a 354 (onde, inclusive, faz demonstrativo), 459 a 469 e 560 a 561, aclarar a divergência.

Incluindo a itemização acima, conforme determina o §6º do art. 127 do RPAF, prestar nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos das manifestações do autuado, com fundamentação, inclusive se pronunciando a respeito dos documentos juntados pelo contribuinte, se for o caso, ajustando o lançamento e produzindo novos demonstrativos, inclusive o de débito.

II – INSPETORIA FAZENDÁRIA

Fornecer ao autuado, cópia da nova Informação Fiscal, demonstrativos refeitos, mediante recibo juntado ao PAF, concedendo prazo de dez dias para o contribuinte se manifestar, caso queira.

Caso o autuado se manifeste nos autos, o processo deve ser encaminhado para ciência e informação dos autuantes.

Às fls. 576 a 582, em atenção à diligência pedida, um dos autuantes informa:

Inicialmente historia o PAF resumindo as manifestações das partes. Fez demonstrativo do valor inicialmente exigido e do valor que o autuado recolheu.

Como esclarecimentos das questões suscitadas no pedido de diligência, escreve:

Quanto ao item “a”:

Que a alegação defensiva é descabida. O levantamento quantitativo é de 2003. Assim, os saldos a serem considerados são os de janeiro e dezembro de 2003. Não houve qualquer distorção em relação à nomenclatura ou código de produto e a transcrição do saldo final de setembro de um livro para o início de outro em outro livro de inventário não prejudica o levantamento fiscal, a menos que se tenha procedido algum “ajuste” de um mês para o outro. Se isto ocorreu o levantamento acusou a irregularidade.

Quanto ao item “b”:

O valor de R\$3.821,73 se refere ao ICMS da omissão de saídas em 2004 (fl. 309). No caso, apuraram omissão de saídas de mercadorias tributáveis em 2003 de R\$9.085,23 (fl. 304) e em 2004 de R\$3.821,73 (fl. 304 ?), totalizando R\$12.907,23 na infração 01.

Quanto ao valor de R\$3.535,11, não identificado onde foi citado, deve ser desconsiderado, pois no levantamento refeito excluíram as mercadorias adquiridas para uso e consumo, o que se comprova no demonstrativo “Relatório das mercadorias selecionadas” de fls. 202 a 259.

Da mesma forma incluíram os saldos iniciais e finais de 2003 e 2004. Também foi regularizada a classificação fiscal de algumas mercadorias do regime de substituição tributária inicialmente enquadradas como tributadas.

Após estas regularizações elaboraram novos demonstrativos cujo débito apresentam.

Quanto ao item “c”:

O valor de R\$12.907,23 corresponde a R\$9.085,50 (2004) e R\$3.821,73 (2003).

Com relação à infração 06, informam terem abatido todos os recolhimentos apresentados, restando R\$1.503,53, conforme demonstrativo de fls. 182 a 183, do qual foi pago R\$591,36.

Aduzem que também apuraram nos exercícios de 2003 e 2004 omissões de entradas e saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Neste caso, o ICMS antecipação tributária devido nas omissões de entradas é exigido na infração 05, nos valores de R\$5.638,49 (2003) e R\$522,48 (2004).

A multa de R\$50,00 para cada exercício é devida pela falta de emissão de nota fiscal nas saídas de mercadorias e não há mais a exigência do ICMS normal na condição de responsável solidário, pois seu valor foi inferior ao das omissões de mercadorias tributadas.

Assim, os valores exigidos são, exatamente, os descritos nas fls. 3 e 4 da diligência e o demonstrativo de débito totaliza R\$20.886,21.

Às fls. 589 a 591 o contribuinte volta aos autos. Com relação à infração 01, mais uma vez explica que o inventário de 2003 foi dividido em dois livros por causa de alterações dos códigos de alguns produtos conforme descreve.

Com respeito às infrações 04 e 05 diz que a explicação pedida pelo Relator para a persistência da infração 05 em face da exclusão da infração 04 não foi dada na diligência.

Para as demais infrações confirma as alegações anteriores.

Acrescenta que em razão dos muitos erros teve dificuldade para compreender a conclusão da diligência, o que prejudica sua ampla defesa.

Às fls. 608/609, os autos foram novamente baixados em diligência, conforme pedido abaixo:

Em relação à Infração 01, na manifestação de fl. 348 em contraditório à Informação Fiscal, o contribuinte alega:

a) Em relação a 2003, os autuantes não consideraram o Inventário de setembro de 2003 (anexo fls. 355 a 366), que, segundo ele, se incluído, seria devido apenas R\$1.162,40, dos quais pagou R\$1.153,37, restando remanescente R\$9,03;

b) Em relação a 2004, diz que do valor apurado na Informação Fiscal (R\$3.821,73), R\$3.535,11 se refere a material de uso e consumo e imobilizado, restando devido apenas R\$195,58.

c) Na Informação Fiscal de fl. 429, embora no demonstrativo de débito de fl. 430 conserve como devido para a infração 01 o valor de R\$11.753,86, em relação a essa infração os autuantes apenas salientam que o contribuinte reconheceu devido o valor de R\$1.153,37, mas somente recolheu R\$1.139,50, restando, assim, uma diferença a pagar de R\$13,87 e não R\$9,03.

Em relação à infração 06, na Informação Fiscal de fl. 181, os autuantes dizem ter acolhido os recolhimentos apresentados pelo autuado, reduzindo o valor do débito de R\$5.170,61 para R\$1.503,53, fazendo o demonstrativo de fls. 182/183.

Dessa infração, o autuado reconheceu devido o valor de R\$591,36, conforme demonstrativo de fl. 468, dizendo que os demais valores constam indevidos, pois foram apresentadas as guias de recolhimento à fiscalização e se encontram anexadas aos autos.

Analizando os autos e para garantir a concreção dos princípios que regem o Processo Administrativo Fiscal, em especial os da verdade material, do informalismo e da garantia da ampla defesa, a 5ª JJF decidiu converter o processo em diligência à Inspeção de Origem para que:

I – AUTUANES

a) Em relação à infração 01:

Esclarecer o exposto nas letras acima, ajustando os valores devidos na infração com os respectivos demonstrativos, se for o caso.

b) Em relação às infrações 04 e 05:

Considerando que a infração 05 decorre de existência da infração 04, pois se trata de omissão de entrada de mercadorias sujeitas à substituição tributária, explicar e justificar porque sendo excluída a infração 04 (Informação Fiscal de fl. 342), a infração 05 persistiu, inclusive também explicando e justificando porque em relação a 2003, somente foi exigido o imposto por antecipação tributária sem o devido por responsabilidade solidária;

c) Em relação à infração 06:

Considerando que nas informações fiscais de fls. 554 e 566, os autuantes apenas dizem que o contribuinte não se manifesta em relação à infração 06, o que discorda o autuado nas manifestações de fls. 347 a 354 (onde, inclusive, faz demonstrativo), 459 a 469 e 560 a 561, aclarar a divergência.

Incluindo a itemização acima, conforme determina o §6º do art. 127 do RPAF, prestar nova Informação Fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos das manifestações do autuado, com fundamentação, inclusive se pronunciando a respeito dos documentos juntados pelo contribuinte, se for o caso, ajustando o lançamento e produzindo novos demonstrativos, inclusive o de débito.

II – INSPETORIA FAZENDÁRIA

Fornecer ao autuado, cópia da nova Informação Fiscal, demonstrativos refeitos, mediante recibo juntado ao PAF, concedendo prazo de dez dias para o contribuinte se manifestar, caso queira.

Caso o autuado se manifeste nos autos, o processo deve ser encaminhado para ciência e informação dos autuantes.

Considerando:

- a) que o autuado se manifestou às fls. 589 a 591 sobre o parecer da diligência fiscal pedida aos autuantes na forma da fl. 574, insistindo no argumento da falta de observação da mudança de código de produtos elencados no levantamento quantitativo no período da ação fiscal;*
- b) que o relatório da diligência não respondeu o questionado no item “b”, relacionado às infrações 04 e 05, do pedido de diligência (fl. 577);*
- c) que a infração 01, originalmente só contemplava o exercício 2003, sendo incluído o exercício de 2004 por ocasião da informação fiscal, conforme demonstrativos e informações de fls. 260 a 343 e 576 a 582, concedendo apenas prazo de 10 dias para manifestação do autuado;*
- d) que, em relação à infração 06 que tem por base as notas fiscais constantes dos demonstrativos de fls. 77 a 114, os autuantes informam terem deduzidos todos os pagamentos efetuados pelo autuado, ao tempo que este insiste que o valor real desta infração, deduzindo os valores que pagou, seria apenas R\$591,36, conforme demonstra em suas manifestações de fls. 133, 353, 354, 468.*

Em pauta suplementar, esta 4ª JF decidiu converter o processo em diligência aos AUTUANTES para:

- 1) Verificar se efetivamente houve mudança de código e se houve registro no livro próprio na forma regulamentar (LEI 7.014, ART.42, XXIII-A, “e”, itens 1.1 e 1.2). Caso fique comprovado o registro no RUDFTO, ajustar o levantamento quantitativo da infração 01, exercício de 2003;*
- 2) Prestar informação na forma regulamentar (§ 6º do art. 126 do RPAF), inclusive quanto aos itens “b”, “c” e “d”, acima.*

Do resultado da diligência o contribuinte deverá ser cientificado para que, querendo, se pronuncie em até 10 (dez) dias. Caso o autuado se pronuncie, os autos devem ir aos autuantes para ciência e posterior retorno a este Órgão.

Por consequência, às fls. 612/613, um dos autuantes informa:

Quanto ao item “b”: As infrações 03, 04 e 05, originalmente exigiam imposto por presunção (infração 03), da responsabilidade solidária (infração 04) e do imposto decorrente da responsabilidade do próprio sujeito passivo, em função de ter adquirido mercadorias de terceiro, sujeitas ao regime de substituição tributária, desacompanhada de documento fiscal (infração 05).

Lembra que o procedimento fiscal foi efetuado em equipe, sendo que o outro integrante já não se encontra lotado na unidade para aprofundamento na questão, mas é claro que se as infrações 03 e 04 foram excluídas, obviamente a infração 05 está também excluída.

Quanto ao item “c”: Com relação à infração 01 nada pode acrescentar, pois, após a revisão com emissão de novos relatórios SAFA e informação fiscal (fls. 202 a 344), foram incluídas as quantidades iniciais e finais de todos os itens, resultando devido ICMS de R\$12.907,23, sendo R\$9.085,52 em 2003 (fls. 260 a 267) e R\$3.821,71 em 2004 (fls. 288 a 292).

Quando ao item “d” (infração 06): Analisando cada fato, após a revisão dos itens da infração 06, o valor devido ficou em R\$1.503,53. Deduzidos os itens reconhecidos e pagos no valor de R\$591,36, ficou um saldo a pagar de R\$912,14 (fl. 555). A partir desse valor, esclarece: a) Consta no demonstrativo de fl. 555, saldo de R\$32,89 e R\$30,17, referente às notas fiscais 280602 e 301023, respectivamente. O contribuinte apresentou os DAES de fls. 490 e 506, pelo que, agora, exclui esses valores do saldo de R\$912,14; b) Em 08/09/2003, a empresa foi autuada no trânsito por

adquirir as mercadorias das notas fiscais 306831 e 306832, sujeitas ao regime de substituição tributária, sem o pagamento da mesma. O contribuinte apresentou cópia do termo de apreensão e DAE no valor de R\$2.310,88. Não consta no DAE informações que possam vincular o mesmo às notas fiscais 306831 e 306832, mas efetuou simulações de cálculos que lhe permitiu concluir que o responsável pela emissão do DAE somou os valores das notas, encontrou R\$8.516,06, aplicou 17% e encontrou R\$1.444,30 e cobrou multa de 60%, o que totaliza R\$2.310,88. Diante de tal constatação decidiu aceitar o DAE pago em 11/09/2003, como comprovante do pagamento relativo às notas fiscais 306831 e 306832, excluindo, assim, o valor de R\$706,00 exigido no AI; c) Do mesmo modo, excluiu o valor de R\$83,27 relativo à nota fiscal 331065 em face da apresentação do DAE de fl. 496, no valor de R\$379,36; d) Da infração resta devido o valor de R\$59,81, relativo à nota fiscal 43790, por falta de comprovação de pagamento.

Quanto ao item 1 do pedido de diligência, informa que após intimação ao contribuinte para apresentação do livro RUDFTO, cuja cópia juntou às fls. 613 a 665, verificou que no referido livro não consta registro de alteração do código (cópias anexas), pelo que entende que não mais cabe ajuste no levantamento quantitativo de estoque.

Destaca, ainda, que a Portaria 445/98, no art. 2º, I, estabelece que quando o exercício financeiro já se acha encerrado, o levantamento quantitativo deve ser efetuado considerando o exercício fechado e se o estoque é uma contagem física efetuada no final do exercício, não há motivos para a autuada argüir a existência de um LRI efetuado no transcurso do exercício para justificar a existência de omissões apuradas.

Conclui dizendo que deverá ser considerado: a) em relação à infração 01: R\$9.085,50 (2003) e R\$3.821,73 (2004); b) em relação à infração 06: R\$59,81, correspondente à nota fiscal 43790.

Às fls. 670 a 672 o contribuinte se manifesta dizendo:

Quanto ao item “b”: Já que a infração 05 foi excluída, concorda.

Quanto ao item “c”: Que embora haja uma redução de R\$41.485,99 para R\$12.907,23, é necessária mais redução.

Em relação a 2003, reafirma seus argumentos anteriores. Quanto ao fato de não constar registro de mudança de código de produtos no RUDFTO, diz que fez consulta à SEFAZ e foi informado que o registro não é obrigatório.

Com relação a 2004, questiona se é correto levantamento quantitativo de estoque de itens do ativo imobilizado e de consumo.

Anexa relação de itens adquiridos para uso e consumo e imobilizado (fls. 673/674) que constam do levantamento quantitativo de 2004 que, do valor exigido (R\$3.821,73) somam R\$3.535,11.

Quanto ao item “d”: Aceita pagar o valor de R\$59,81 que restou devido na infração 06.

Pede que todas suas contestações sejam consideradas para redução do AI ao valor que reconhece como devido ao tempo que diz que como até a resposta a esta última diligência o PAF não estava exposto de forma clara e inequívoca, entende que sua ampla defesa ficou prejudicada, com o que insiste na anulação das infrações.

Cientificado, à fl. 678 os autuantes encaminham o PAF a este Conselho.

VOTO

Compulsando os autos vejo que o procedimento fiscal atendeu o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo dos papéis de trabalho que sustentam o lançamento tributário. As infrações foram claramente descritas, estando fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que embasaram a acusação fiscal, determinando-se o infrator com segurança. Foram assegurados ao autuado todos os direitos processuais, tendo ele iniciado o contraditório exercendo o seu direito de ampla defesa, apresentando várias manifestações defensivas no curso processual, sem qualquer reserva, demonstrando conhecer os fatos arrolados na acusação fiscal

que originou a lavratura do presente Auto de Infração, estabelecendo-se a lide fiscal-tributária dentro do devido processo legal.

Com base e conforme o previsto no §1º do art. 18 do RPAF, as incorreções ou omissões identificadas no procedimento fiscal foram corrigidas e suprimidas no curso do processo, razão pela qual rejeito a arguição de nulidade por cerceamento do direito de ampla defesa.

Com fundamento nas alíneas “a” e “b” do inciso I do art. 147 do RPAF/99, indefiro a solicitação de revisão fiscal por estranho ao feito tendo em vista que considero suficientes para a formação de minha convicção os elementos contidos nos autos e ter por objetivo verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Conforme visto no extenso relatório, o processo em apreço contém, além da impugnação de fls. 128/134, mais cinco manifestações do contribuinte (fls. 347/354, 459/469, 560/561, 589/591 e 670/672) e sete informações fiscais (fls. 342/343, 429, 554, 566, 576/582, 612/613 e 678), sendo as duas penúltimas por força de diligência fiscal.

Todas as infrações tratam de questões de fato. Portanto, para elidi-las se faz necessário comprovação da inocorrência no todo ou parte dos fatos geradores, conforme previsto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Nas diversas manifestações defensivas o contribuinte, apresentando documentos e elaborando demonstrativos, bem como por força das diligências fiscais deferidas, os autuantes ajustaram o lançamento tributário conforme quadro abaixo, elaborado para a mais objetiva e fácil compreensão:

DEMONSTRATIVO ICMS NO TRANSCURSO PROCESSUAL					
	Autuação	Reconhecido Defesa fls. 133,176/7	PL Inf. Fisc inf.6 fl.182, 582	I F fl. 343/4, 429/30, 554/5 e 576/82	IF fl. 612
Data Ocorr	ICMS devido				
Infração 01					
31/12/2003	41.485,99	1.139,50	41.485,99	9.085,50	9.085,50
31/12/2004				3.821,73	3.821,73
Total da Infração	41.485,99	1.139,50	41.485,99	12.907,23	12.907,23
Infração 02					
31/12/2003	50,00		50,00	50,00	50,00
31/12/2004	50,00		50,00	50,00	50,00
Total da Infração	100,00		100,00	100,00	100,00
Infração 03					
31/12/2004	27.820,57	335,05	27.820,57	0,00	0,00
Total da Infração	27.820,57	335,05	27.820,57	0,00	0,00
Infração 04					
31/12/2004	11.616,36	751,89	11.616,36	0,00	0,00
Total da Infração	11.616,36	751,89	11.616,36	0,00	0,00
Infração 05					
31/12/2003	19.138,64			5.638,49	0,00
31/12/2004	8.126,55			522,48	0,00
Total da Infração	27.265,19		27.265,19	6.160,97	0,00
Infração 06					
28/02/2003	670,36	47,02	47,02	47,02	47,02
31/03/2003	191,34		32,89	32,89	0,00
30/04/2003	225,84	58,62	58,61	58,61	58,61
31/05/2003	245,93	17,71	17,71	17,71	17,71
30/06/2003	232,32	73,68	73,69	73,69	73,69
30/07/2003	146,67	58,25	88,42	88,42	58,25
31/08/2003	192,23	192,23	192,23	192,23	192,23

30/09/2003	1.117,00	57,53	763,53	763,53	57,63
31/10/2003	164,64	35,60	35,60	35,60	35,60
30/11/2003	5,62	5,62	5,62	5,62	5,62
31/12/2003	141,01	34,77	34,77	34,77	34,77
31/01/2004	142,20	0,00	0,00	0,00	0,00
28/02/2004	93,63	10,36	93,63	93,63	10,36
31/03/2004	195,92		59,81	59,81	59,81
30/04/2004	104,95		0,00	0,00	0,00
31/05/2004	53,51		0,00	0,00	0,00
30/06/2004	83,93		0,00	0,00	0,00
31/07/2004	65,87		0,00	0,00	0,00
30/08/2004	133,45		0,00	0,00	0,00
30/09/2004	93,20		0,00	0,00	0,00
30/11/2004	303,94		0,00	0,00	0,00
31/12/2004	272,72		0,00	0,00	0,00
	294,33		0,00	0,00	0,00
	5.170,61	591,39	1.503,53	1.503,53	651,30
Infração 07					
28/02/2003	88,69	88,69	88,69	88,69	88,69
31/03/2003	92,59	92,59	92,59	92,59	92,59
30/03/2011	24,50	24,50	24,50	24,50	24,50
31/07/2003	8,70	8,70	8,70	8,70	8,70
Total da Infração	214,48	214,48	214,48	214,48	214,48
Total Geral	113.673,20	3.032,31	110.006,12	20.886,21	13.873,01

Analisando os autos e com base no quadro acima, faço as seguintes constatações:

Em face do expresse reconhecimento do seu cometimento pelo contribuinte, não apreciarei a infração 07, que por ser questão de fato, evidentemente resta procedente.

Também não apreciarei o mérito da ocorrência de 31/12/2004 inserida posteriormente pelos autuantes na infração 01, pois que tal ocorrência não consta do lançamento original.

Tendo em vista que os próprios autores do feito expressamente admitiram incorreção no procedimento inicial em face de inconsistências nos arquivos magnéticos dos quais extraíram os dados para auditoria e que, diante de apresentação de novos arquivos magnéticos e documentos fiscais, ao revisarem o levantamento quantitativo de estoque constataram inexistência das infrações 03, 04 e 05, tais infrações não subsistem por simples perda de objeto. Assim, as infrações 03, 04 e 05 restam descaracterizadas.

Com relação à infração 1, na defesa inicial a empresa alegou que não foram incluídas no levantamento fiscal as quantidades constantes dos estoques final. Os autuantes refizeram os demonstrativos originais (fls. 260/267) indicando redução do valor original de R\$41.485,99 para R\$9.085,50.

Em momento posterior a empresa apresentou cópia do livro Registro de Inventário (fls. 355/367) e demonstrativo às fls. 389/392, no qual fez a inserção das quantidades do estoque final, tendo reconhecido o valor de R\$1.162,40.

Os autuantes prestaram nova informação fiscal mantendo o valor exigido de R\$9.085,50 (fls. 431/438). Confrontando o demonstrativo dos autuantes com o do autuado constato que a fiscalização não considerou todas as quantidades de mercadorias que a empresa indicou e que constam no inventário. Tomando como exemplo a mercadoria com código 4204-Extrato de Própolis no demonstrativo à fl. 390, a empresa indicou estoque final de 330 unidades e os autuantes indicaram estoque final “zero” da mesma mercadoria. Já a cópia do livro Registro de Inventário à fl. 357 indica estoque final em 2003 de 330 unidades desta mercadoria, conforme defendido pelo contribuinte. A mesma divergência ocorre com outras mercadorias.

Pelo exposto, concluo que assiste razão ao estabelecimento autuado, ou seja, mesmo tendo refeito o demonstrativo inicial, os autuantes não contemplaram todas as mercadorias que a empresa apontou como não computadas no levantamento quantitativo de estoques, mediante comprovação com o livro Registro de Inventário. Assim sendo, acolho o demonstrativo da empresa juntado às fls. 389/392 e considero devido o valor de R\$1.162,40 na infração 1. Infração procedente em parte.

Considerando que, conforme informação fiscal de fl. 342, refazendo o levantamento quantitativo da infração 02, com a inclusão dos saldos iniciais e finais o resultado não se alterou, mantenho a penalidade proposta. Infração procedente.

Também conforme visto no relatório com espelho no demonstrativo deste voto, tratando-se de uma questão de fato (falta de recolhimento de ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação) do valor autuado originalmente acusado na infração 06, resta procedente apenas o valor de R\$ 651,30, tendo em vista que os demais valores o contribuinte comprovou o recolhimento tempestivo com apresentação dos DAEs respectivos, devidamente acolhidos pelos autuantes. Assim, a infração 06, embora caracterizada, resta parcialmente subsistente.

Diante do exposto voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do auto de infração com o seguinte demonstrativo de débito, devendo ser homologado os valores recolhidos:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
30/12/2003	09/01/2004	6.837,65	17	70	1.162,40
Total da infração					1.162,40
Infração 02					
31/12/2003	09/01/2004				50,00
31/12/2004	09/01/2005				50,00
Total da infração					100,00
Infração 06					
28/02/2003	09/03/2003	276,59	17	60	47,02
30/04/2003	09/05/2003	344,76	17	60	58,61
31/05/2003	09/06/2003	104,18	17	60	17,71
30/06/2003	09/07/2003	433,47	17	60	73,69
30/07/2003	09/08/2003	342,65	17	60	58,25
31/08/2003	09/09/2003	1.130,76	17	60	192,23
30/09/2003	09/10/2003	339,00	17	60	57,63
31/10/2003	09/11/2003	209,41	17	60	35,6
30/11/2003	09/12/2003	33,06	17	60	5,62
31/12/2003	09/01/2004	204,53	17	60	34,77
28/02/2004	09/03/2004	60,94	17	60	10,36
31/03/2004	09/04/2004	351,82	17	60	59,81
Total da infração					651,30
Infração 07					
28/02/2003		521,71	17	60	88,69
31/03/2003		544,65	17	60	92,59
30/03/2011		144,12	17	60	24,5
31/07/2003		51,18	17	60	8,7
Total da infração					214,48
Total do Auto					2.128,18

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **299130.0021/08-0**, lavrado contra **FITOTHERB NORDESTE DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 2.028,18**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 1.162,40 e 60% sobre R\$ 865,78, previstas no artigo 42, incisos III e II, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no inciso XXII do mesmo artigo e lei supracitados, e dos acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor recolhido.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 01 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR