

A. I. Nº - 206825.0063/11-5
AUTUADO - BM ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 28.03.2012

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0068-04/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO INTIMADO. REGISTRO DE UTILIZAÇÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS E TERMOS DE OCORRÊNCIA (RUDFTO). Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS AINDA FISICAMENTE EM ESTOQUE. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, sendo-lhe atribuído a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal. Comprovado que os documentos juntados com a defesa foram computados no levantamento fiscal. Tendo sido apurada omissão de entrada dos bens, não há comprovação documental da origem dos mesmos, nem vinculação a operações contempladas com comodato, nas operações de entrada. Infração caracterizada. Rejeitado o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 05/09/11 para exigir ICMS no valor de R\$83.138,55, acrescido da multa de 60%, além da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 460,00 devido a:

01. Deixou de apresentar livro fiscal, quando regularmente intimado. Multa - R\$460,00.
02. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (sorvetes e picolés: 2007/2008) – R\$83.138,85.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 782/794), inicialmente ressalta a tempestividade da defesa, faz um breve relato dos fatos e diz que reconhece a procedência da infração 1 e parte da infração 2 (exercício de 2007 – ocorrência de 31/12/07) com valor de R\$278,27 providenciando sua quitação conforme cópia do DAE à fl. 830.

No tocante ao valor remanescente com data de ocorrência 31/12/08 com valor histórico de R\$82.860,28, afirma que por se tratar de operações com conservadores, freezer horizontal ou vertical, onde são estocados os sorvetes vendidos pelas empresas varejistas (clientes da autuada), disponibilizados em regime de comodato sem incidência do ICMS.

Alega que a suposta omissão de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal apurado mediante

levantamento quantitativo de estoque, há um equívoco por parte da fiscalização por entender que decorre de bens adquiridos ou produzidos destinado à comercialização.

Argumenta que no momento de contabilização de compras, assim como o das vendas, deve ser considerado o da transmissão do direito de propriedade dos mesmos, não importando sua posse física, mas o direito de sua propriedade. Diz que os estoques estão representados por itens:

- que existem fisicamente em estoque, excluindo-se os que estão fisicamente na empresa, mas são de propriedade de terceiros, recebidos por consignação, beneficiamento ou armazenagem;
- adquiridos pela empresa, mas que estão em trânsito, a caminho da sociedade, na data do balanço, sob condições de compra FOB, ponto de embarque (fábrica ou depósito/vendedor);
- da empresa que foram remetidos para terceiros em consignação, em poder de prováveis fregueses ou consignatários, para possível venda, cujos direito de propriedade é da sociedade;
- de propriedade da empresa, que estão em poder de terceiros (armazenagem, beneficiamento).

Ressalta que a base da avaliação do estoque é o custo, considerando que o ICMS está incluído no preço das mercadorias, sendo necessária sua exclusão para efeito de avaliação e que o resultado do período esteja de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade.

Salienta que a apuração quantitativa depende da existência de controles analíticos adequados e atualizados, com um bom sistema de controles internos e neste particular é que residem as distorções apuradas quanto ao volume de produtos movimentados, guardando correlação com informações equivocadas transmitidas aos sistemas de controle da SEFAZ, por não consignarem os volumes unitários, mas sim os números cheios das aquisições efetivadas.

Esclarece que desempenha atividades de comércio por atacado e varejo de máquinas e equipamentos, e também fornecimento e distribuição de alimentos, bebidas em geral, inclusive guloseimas industrializadas, possuindo contrato de distribuição de produtos alimentícios (fl. 787), dentre elas a Nestlé e Garoto, cujas mercadorias são submetidas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual necessita de rigoroso controle dos seus estoques utilizando sistemas de informática.

Informa que as mercadorias adquiridas são armazenadas em centrais frigoríficas, mediante contrato de prestação de serviço de estocagem e quando da chegada das mercadorias promove emissão de nota fiscal de remessa para este depósito, possibilitando o trânsito destas mercadorias, sem movimentar os estoques.

Afirma que o sistema de controle interno utiliza como parâmetro o cômputo dos produtos por unidade, efetivando a conversão dos volumes em caixas, dúzias e outros para o volume unitário de cada produto.

Destaca que um dos CFOPs indicados nas notas fiscais não estava parametrizado para gerar movimentação nos estoques, gerando falsa imputação de omissão do número de conservantes distorcendo o registro do estoque e conduzindo a uma omissão de entrada.

Argumenta que o seu sistema gerou arquivo magnético do SINTEGRA com dados incorretos pois, “não estava registrando as saídas destas mercadorias, de modo a ocasionar sempre uma suposta omissão de entrada, parametrizado de forma equivocada”. Informa que procedeu à retificação de todos seus arquivos (fls. 833/849), e elaborou planilha que demonstra a exatidão dos procedimentos, não havendo que se falar em omissão de entrada de mercadoria.

Observa que foram gerados relatórios de movimentação de itens no sistema operacional que “não contém a movimentação do registro de saída destes itens quando da emissão das NF's de remessa”, destacando que os movimentos de “valores de estoque inicial, entradas, estoque final, saídas reais conferem com o relatório disponibilizado pela autoridade fiscal”.

Destaca que com as correções efetuadas nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, deve ser revista e retificada a autuação em atenção ao princípio da busca da verdade material, inexistindo a omissão de entrada e sim ocorrência de erro quando da geração dos arquivos magnéticos.

Além disso, ressalta que algumas notas fiscais glosadas pela fiscalização se referem a mercadorias que deram entrada no estabelecimento sob o regime de comodato, portanto, isentas de tributação a título de ICMS, visto que são de propriedade da “NESTLÉ, cedidos por contrato de comodato e a da mesma forma a Companhia cede para os distribuidores/varejistas na mesma modalidade contratual”, a exemplo dos documentos acostados por amostragem às fls. 1458/1572.

Alega que a empresa recebe os conservadores da Nestlé em regime de comodato e da mesma forma os transfere para o varejista, sendo que nestas operações são emitidas duas notas de remessa em comodato e duas notas de retorno/devolução do comodato – quando do retorno.

Transcreve o art. 6º, XIV, “a” do RICMS/BA, para demonstrar que não pretendeu burlar a fiscalização e sim cometido equívoco e a questão a ser discutida tem pertinência com a premissa da incidência ou não do ICMS sobre conservadores (freezeres) utilizados para acondicionamento dos sorvetes comercializados pela NESTLÉ, considerando que são cedidos em comodato.

Observa que a operação de mera circulação de bens pertencentes ao ativo permanente da empresa cedente (comodato), não constitui fato gerador do ICMS. Conceitua o instituto do comodato que não corresponde à definição de “mercadoria”, o que afasta a incidência do imposto nestas operações, a exemplo da resposta das consultas 01/03 e 46/02 à COPAT e ementa da Res. 4533/98.

Conclui afirmando que as operações de comodato não se situam no campo de incidência do ICMS, fato provado mediante relação jurídica existente entre a empresa e seus clientes que receberam os conservadores sob o regime de comodato. Requer que seja desconsiderada a incidência de tributação acerca das máquinas conservadoras (FREEZERES), equivocadamente glosadas e apontadas no demonstrativo de débito ou baixada em diligência para que tais equívocos contidos no SINTEGRA relacionados aos estoques sejam excluídos da infração 2.

Do mesmo modo, requer extinção integral da infração 1, procedência parcial da infração 2 com reconhecimento de parte do débito (exercício 2007). Aduz que além das provas já juntadas com a defesa, pretende demonstrar suas alegações por meio de outras provas a ser produzida no curso deste processo mostrando a clareza da procedência dos seus argumentos.

Requer ainda, a juntada de disco de armazenamento de dados constando a gravação da defesa, bem como arquivo magnético das retificações do arquivo SINTEGRA. (fl. 1572). Requer a improcedência da infração 2, por inexistir fato gerador das operações em contrato de comodato, bem como dos equívocos na geração dos arquivos do SINTEGRA.

Na informação fiscal prestada (fl. 1575) o autuante afirma que não cabe maiores detalhes sobre a peça defensiva tendo em vista que se fundamenta em institutos e argumentações despiciendos, referindo-se a comodato, simples remessa, posse física e outras situações que não são relevantes para a análise da exigência em questão.

Entende que a cobrança justificou-se em razão da falta de recolhimento do imposto de terceiros, na condição de responsável solidário, por ter sido adquirido de terceiros mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, sem a escrituração das entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques e “não há como se determinar qual a natureza e origem da operação mercantil realizada”.

Conclui dizendo que diante das argumentações defensivas, opina pela manutenção do Auto de Infração na sua íntegra.

VOTO

O Auto de Infração aplica multa em decorrência de descumprimento de obrigação acessória e exige ICMS na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal.

Na defesa apresentada o autuado reconheceu integralmente a infração 1. Portanto, inexistindo questionamentos, a mesma deve ser mantida, devendo ser homologados os valores já recolhidos. Infração procedente.

Quanto à infração 2, o impugnante reconheceu o valor exigido relativo ao exercício de 2007. Também, inexistindo lide em relação ao valor apurado de R\$278,27 deve ser mantido, devendo ser homologado o valor já pago.

Com relação ao exercício de 2008 com valor histórico de R\$82.860,28, na defesa apresentada o autuado alegou que:

- a) A suposta omissão na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal são representados por itens fisicamente em estoque (recebidos em consignação, beneficiamento, ou armazenagem); adquiridos pela empresa, em trânsito na data do balanço e remetidos em consignação (poder de fregueses ou consignatários) de propriedade da empresa, que estão em poder de terceiros (armazenagem, beneficiamento);
- b) Nos arquivos do SINTEGRA entregues à SEFAZ, prestou informações equivocadas, com CFOPs indicados nas notas fiscais que não geraram movimentação nos estoques, distorcendo o registro do estoque e conduzindo a uma omissão de entrada, e que procedeu à retificação de todos seus arquivos (fls. 833/849).
- c) Trata-se de operações com conservadores, frezer horizontal/vertical, recebidos e disponibilizados em regime comodato para estocagem de sorvetes vendidos pelos varejistas, sem incidência do ICMS.

O autuante contestou dizendo que tendo apurado omissão de entrada de mercadorias, não foi comprovado com documentos fiscais de origem e cabível a exigência do imposto na condição de responsável solidário.

Com relação à primeira alegação, constato que não foi trazida qualquer prova ao processo para comprovar o alegado, motivo pelo qual não pode ser acolhida. Observo que conforme demonstrativo sintético acostado à fl. 773 cuja cópia foi fornecida à empresa, foram computadas as quantidades registradas nos livros e documentos fiscais referentes aos estoques inicial e final, entradas e saídas dos itens que foram objeto do levantamento fiscal. Como nada foi apresentado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que à luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

No tocante ao segundo argumento, verifico que no Termo de Encerramento de Fiscalização (fls. 20/32) consta que o autuante no decorrer dos trabalhos de fiscalização intimou a empresa em 09/06/11 para apresentar arquivos magnéticos corrigindo advertências (fl. 20). Recepcionados os mesmos em 11/07/11, aplicou o roteiro de auditoria de estoque apurando valores devidos de R\$58.840,90 (2007) e R\$67.710,48 (2008) em 09/08/11. Em 19/08/11 o contribuinte justificou causas de irregularidades e forneceu arquivos corrigidos à SEFAZ em 24/08/11. Refeito o levantamento quantitativo resultou em valores devidos de R\$278,27 (2007) e R\$82.860,29 (2008) da infração 2.

Pela análise dos elementos contidos no processo, verifico que ao contrário do que foi afirmado, as quantidades dos produtos objeto da autuação e que foi objeto da defesa (conservadores e carrinhos) foram devidamente computadas no levantamento fiscal, a exemplo das resumidas no demonstrativo abaixo:

Descrição do Produto	Cód. Prod	Data	Nota Fiscal	Fl. Defesa	Computado-Fl.
Conservador NT4 Hor.	6008	20/01/09	41.811	1.466	Fora do período fiscalizado
Conservador NI3	6003	09/04/08	12.576	1.48 1	465
Conservador NI5	6004	24/04/08	13.984	1.489	465
Conservador NI5	6004	13/05/08	15.725	1.501	500
Conservador NI3	6003	11/08/08	21.981	1.513	592
Conservador NT5	6002	06/06/08	17.502	1.518	529

Conservador NI3	6003	06/06/08	17.503	1.535	529
Conservador NT4 Hor.	6008	20/02/08	8.088	1.545	388
Conservador NT5	6002	05/01/08	3.173	975	388
Conservador NT5	6002	05/01/08	3.174	976	388

Logo, restou comprovado que os documentos juntados com a defesa que o impugnante alegou não terem sido computados no levantamento fiscal, foram efetivamente computados e não cabe qualquer refazimento dos demonstrativos, como requerido. Por isso, não acato o pedido formulado para refazer os demonstrativos originais, nem a realização de diligência cujo pedido indefiro de acordo com o artigo 147, I, “a” e “b” do RPAF/BA.

Por fim, quanto ao argumento de que se trata de operações com conservadores, freezers horizontal/vertical, recebidos e disponibilizados em regime comodato para estocagem de sorvetes que são contempladas pela não incidência do ICMS, cabe uma análise da acusação e das operações.

Conforme demonstrativo sintético (fl. 733) a fiscalização apurou omissão de entrada de diversos produtos. Com relação aos produtos com códigos 24894 (latão de morango), 4364, 7616, 7643, 7644 (pote 2 lt chocolate, flocos, galak, prestígio), 7824 (latão creme 3,5 kg) a empresa não apresentou qualquer argumento ou prova contestando os valores apurados pela fiscalização. Portanto, com relação à omissão apurada em relação a estes produtos, sendo o estabelecimento autuado detentor dos livros e documentos fiscais cujas quantidades foram computadas no levantamento fiscal e não tendo comprovado com elemento probatório importa em presunção de veracidade da acusação por parte da fiscalização (art. 143 do RPAF/BA).

No tocante aos demais produtos levantados que foi objeto da defesa com os códigos 6002, 6003, 6004, 6007, 6008, 6014 e 6021 (Conservadores NT5, NI3, NI5, NT4 e NT5 Horizontal e Vertical), bem como o código 6022 (Carrinhos), conforme ressaltado pelo autuante foi apurado omissão de entrada de mercadorias e exigido ICMS na condição de responsável solidário.

Embora o autuado tenha juntado diversos contratos de cessão destes bens em comodato a estabelecimentos varejistas, alegando que tais operações são contempladas com não incidência do ICMS, não pode ser acatada, tendo em vista que em relação a estas operações não se está exigindo imposto, pressupondo que as quantidades dos bens consignados nas notas fiscais pertinentes a operações de saídas em comodato, tiveram a contrapartida de registro de entradas regularmente, tendo em vista que o imposto ora exigido reporta-se a quantidades de bens que deram entrada no estabelecimento e não foram contabilizados gerando a omissão de entradas.

Quanto à omissão de entrada apurada pela fiscalização, observo que no levantamento fiscal foram computadas as quantidades escrituradas dos estoques inicial e final, entradas e saídas consignadas nas notas fiscais o que resultou em omissão de entrada. Tomando como exemplo o produto com código Conservador NT5, código 6002 (fl. 773) a fiscalização computou estoque inicial e final zero de acordo com o livro Registro de Inventário (13/12/07 - fls. 137/145 e 148/156 – 31/12/08). Computou entradas de 97 (+) unidades e saídas de 234 (-) unidades consignadas nas notas fiscais de entrada e saída, logo, resultou em omissão de entrada de 137 unidades.

Como foi apurada omissão de entrada de mercadorias, o levantamento fiscal prova que houve entradas destes bens no estabelecimento sem se fazerem acompanhar do documento fiscal de origem e cabível a exigência do imposto na condição de responsável solidário em *relação às mercadorias que detiver para comercialização, industrialização ou simples entrega desacompanhadas da documentação fiscal exigível* conforme previsto no art. 39, V do RICMS/BA.

Também não pode ser acolhido o argumento de que estas mercadorias foram recebidas em regime de comodato e amparadas com a não incidência do ICMS, tendo em vista que não foi apresentado documento fiscal idôneo que comprovasse tal alegação, o que conduz a presunção de que as

mercadorias deram entrada no estabelecimento desacompanhadas de documento fiscal de origem e devido o imposto pelo detentor, o estabelecimento autuado, nos termos do citado dispositivo e diploma legal.

Ressalto que a resposta de consulta e decisões de julgados colacionados com a defesa tratam de operações de saída de bens pertencentes ao estabelecimento titular em regime de comodato, devidamente acompanhada de documentos fiscais regulares (COPAT – Consulta 01/03 e 46/02 – fls. 790/791, bem como Resolução 4533/98) e não guarda pertinência com as operações objeto desta infração que trata de omissão de entrada de bens sem comprovação de documento fiscal de origem.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.^º **206825.0063/11-5**, lavrado contra **BM ALIMENTOS E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$83.138,55**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei n.^º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além do pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XX da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei n^º 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILLO REIS LOPES - JULGADOR