

A. I. Nº - 269141.0012/14-1
AUTUADO - SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAS S. A. JESUS
INTERNET - 11.02.2015

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0022-05/15

EMENTA. ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE **a)** OPERAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro das entradas enseja a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recurso não contabilizado, decorrente de operações de vendas anteriores e não contabilizadas. Infração subsistente em parte. Refeitos os cálculos, haja vista que no levantamento fiscal não havia sido aplicada a proporcionalidade, esculpida no item 1 da IN nº 56/07. Débito reduzido. **b)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso o das saídas tributáveis. Refeitos os cálculos, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas. Débito reduzido. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS DENTRO DO ESTADO. Infração reconhecida. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. Caracterizada a venda para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, com isso não cabe o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7799/00 (art. 1º). Infração acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE DE PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2014, reclama crédito tributário no valor total de R\$75.723,84, através das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$56.825,73, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, exercícios de 2009 e 2010, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos mesmos exercícios. Multa lançada de 70% e 100%.

INFRAÇÃO 2 – Falta de Recolhimento do Imposto, no valor de R\$6.998,48, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, exercício de 2011, 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 cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Multa lançada de 100%.

INFRAÇÃO 3 – Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, exercícios 2009, 2010 e 2011. Lançado o imposto no valor de R\$8.371,78 mais multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nos exercícios de 2010 e 2011. Lançado ICMS no valor de R\$3.527,85 e multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que a empresa reduziu a base de cálculo nas saídas para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, em desacordo com o art.1º do Decreto 7799/00.

O autuado apresenta defesa administrativa às fls. 254 a 258, com documentos anexos acostados aos autos, contestando parcialmente o Auto de Infração em tela, onde acata as infrações 3 e 4; e impugna as infrações 1 e 2, sob o argumento de que estão fundamentadas em bases equivocadas por quantum a existência de erros na sua constituição nos termos que a seguir descrevo:

Em relação a infração 1, diz que a autuação está equivocada, pois tal procedimento está amparado em duas significativas falhas:

Primeiro, as eventuais diferenças encontradas no levantamento, em especial as 2.936 caixas de bacalhau no período de 01/01/2009 a 31/12/2009 e 1000 caixas de bacalhau no período de 01/01/2010 e 31/12/2010, jamais existiram de fato, e decorrem unicamente da falta dos registros de notas fiscais de retorno de armazenamento, por um equívoco do requerente, conforme os documentos que diz anexar.

Para tanto, pede que o autuante considere as NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado da própria SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998 e CNPJ/MF 14.679.062/0002-67, com relação ao exercício de 2009 e que considere as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603 e CNPJ/MF 03.350.703/0001-38, com relação ao exercício de 2010.

Segundo, ainda com relação à Infração 1, mesmo não vindo a reconhecer qualquer diferença em razão do não registro das NFs de retorno de armazenamento, conforme explicitado no ítem anterior, o autuado não pode deixar de protestar pela não aplicação da "proporcionalidade", pelo digno autuante, com sérios prejuízos ao levantamento realizado.

Quanto a Infração 2, o que de fato aconteceu, destaca o defendente, é que o preposto fazendário não levou em consideração na sua apuração da base de cálculo, diversas mercadorias que, por integrarem a cesta básica ou dispuserem de redução de base de cálculo específica, deveriam ter sua alíquota fixada em 7% para o período (ou aplicada a redução de base de cálculo prevista no RICMS/BA), a exemplo do "charque", que representa mais de 90% dos itens relacionados na infração.

Apenas para exemplificar, citamos o caso do charque (mercadoria comercializada predominantemente pelo autuado), e que durante o período de 2011 tinha sua alíquota efetiva de 7%, e que, contudo, não teve essa condição tributária levada em consideração pelo representante do fisco.

Por tudo quanto demonstrado, consubstanciado nos elementos fácticos e jurídicos ora apresentados vimos a este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, suplicar que o Auto de Infração 269141.0012/14-1, seja considerado parcialmente procedente, conforme elementos probatórios encaminhados junto com esta peça defensória, bem como em decorrência da falta de caracterização do fato ilícito apontado, e, principalmente, por ser indevido, acarretando um claro e irrecuperável prejuízo para o Autuado.

Requer por fim, o direito de provar tudo quanto aqui alegado, por todos os meios admitidos, inclusive laudos periciais expedido por perícia técnica designada por este órgão, revisões fiscais, documentos ou testemunhas, na melhor forma da lei.

O Fiscal Autuante, em sua informação fiscal às fl. 275 a 276, diz que o contribuinte acima identificado apresentou defesa para o auto de infração, para a qual faz as devidas considerações:

Infração 1: O contribuinte contesta as diferenças de entrada encontradas para a mercadoria Bacalhau 10 kg, alegando que não foram contabilizados os retornos de armazenamento promovidos pelo seu depósito fechado no exercício 2009. Ocorre, diz o autuante, que tanto os envios para depósito promovidos pela autuada, como os retornos, não são contabilizados nos levantamentos quantitativos de estoques, pois se tratam de movimentações internas, que não modificam as quantidades de mercadorias pertencentes à empresa.

Por exemplo, se a empresa tem no seu estabelecimento principal 100 unidades de uma determinada mercadoria X e 60 unidades da mesma no seu depósito fechado, ela possui 160 unidades no total (100+60). Se o depósito envia em retorno 40 unidades para o estabelecimento principal, a empresa continua com as mesmas 160 unidades (140+20). O mesmo raciocínio se dá na operação inversa, quando o estabelecimento principal envia mercadorias para estocagem no seu depósito fechado. Inclusive na contabilização dos estoques inicial e final são somados os estoques existentes tanto no estabelecimento principal como no depósito fechado (e eventualmente o existente em poder de terceiros). De sorte que os levantamentos quantitativos de estoques só levam em consideração as operações “de/para” fora da empresa.

Com relação ao exercício 2010, igualmente contesta as diferenças de entrada encontradas, desta vez, para a mercadoria Bacalhau Saithe Solbac Cx 25 kg, solicitando a inclusão de quatro notas fiscais emitidas por FRIMAZEM ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, que é um depósito de mercadorias para terceiros. Admitindo-se que houveram estas operações de retorno (as notas fiscais não foram anexadas), aplica-se o mesmo raciocínio das transações “de/para” depósito fechado detalhado no parágrafo anterior.

Infração 2: O contribuinte contesta a alíquota de 17% aplicada para a mercadoria Charque afirmando que deveria ser de 7% devido a redução da base cálculo prevista em regulamento. Ocorre que de acordo com o RAICMS-BA/97, artigo 87, inciso XXXI, esta redução só caberia para as operações internas. O mesmo ocorre com a mercadoria Leite em Pó - artigo 87, inciso XXI. Como não se sabe qual o destino final destas saídas omitidas, aplica-se a alíquota interna vigente de 17%.

As Infrações 3 e 4, diz que o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações.

Pelo exposto, considera que o auto deva ser julgado procedente.

Em pauta suplementar do dia 26/06/2013, a 5ª JJF decidiu converter o presente processo em diligência aos Fiscais Autuantes, para que seja adotada a seguinte providência:

- Em relação a infração 1, que diz respeito a omissão de entrada, que, com base na presunção legal, o sujeito passivo é acusado de ter efetuado seus pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias omitidas realizadas anteriormente, (art. 7º, II, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998) desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, de 21/09/2007, caso existam circunstância, elementos ou informações que permita concluir de que o sujeito passivo operava com mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária.
- Em relação à infração 2, que diz respeito a omissão de saída tributáveis apurada por levantamento quantitativo de estoque (art. 4º c/c art. 5º, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998), desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas.

Juntado aos autos os novos demonstrativos de débitos pelos Fiscais Autuantes, conforme acima solicitado, o órgão competente da INFRAZ deve cientificar ao autuado, mediante intimação, do resultado da nova informação fiscal, com entrega dos documentos acostados aos autos, conforme depreende os termos do § 7º do art. 127 do RPAF/BA, c/c § 1º, do art. 18, do mesmo diploma legal, com a indicação de 10 (dez) dias para se manifestar, querendo.

Após as providências solicitadas, os autos deverão ser devolvidos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento.

À fl. 287 o Fiscal Autuante, em atendimento ao pedido de diligencia acima destacado, desenvolve novos demonstrativos para as infrações 1 e 2. Em relação a infração 1, diz ter desenvolvido novo demonstrativo de débito aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da IN nº 56/07, com isso aduz que o débito ficou reduzido para o valor de R\$23.068,70, conforme demonstrativo que anexa à fl. 288. Por sua vez, a infração 2, diz, também, ter aplicado a alíquota interna para cada um dos itens de omissões de siadas levantadas, com isso o débito ficou reduzido para o valor de R\$3.221,97, conforme demonstrativo à fl. 291 dos autos.

Instado a manifestar, por via postal, através dos Correios (AR) na forma dos DOCs acostados aos autos às fls. 293-294, o sujeito passivo manteve-se silente.

VOTO

Trata-se de lançamento fiscal de crédito tributário para exigir o ICMS, no montante de R\$75.723,84, relativo a quatro irregularidades, tendo a autuada impugnada apenas a primeira e segunda infração, relativa levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, cuja análise da lide se restringirá. Em consequência, subsiste a terceira e quarta infração, em decorrência do reconhecimento declarado do sujeito passivo.

Inerente à primeira infração, o sujeito passivo alega em seu favor que as eventuais diferenças encontradas no levantamento, em especial as 2.936 caixas de bacalhau no período de 01/01/2009 a 31/12/2009 e 1000 caixas de bacalhau no período de 01/01/2010 e 31/12/2010, jamais existiram de fato, e decorrem unicamente da falta dos registros de notas fiscais de retorno de armazenamento, por um equívoco do requerente. Pede que o autuante considere as NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado da própria SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998 e CNPJ/MF 14.679.062/0002-67, com relação ao exercício de 2009 e que considere as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603 e CNPJ/MF 03.350.703/0001-38, com relação ao exercício de 2010. Destaca, ainda, com relação à Infração 1, mesmo não vindo a reconhecer qualquer diferença em razão do não registro das notas fiscais de retorno de armazenamento, conforme explicitado acima, aduz que não pode deixar de protestar pela não aplicação da "*proporcionalidade*" (IN Nº 56/07, de 21/09/2007).

Quanto a segunda infração, o sujeito passivo apenas argüi, que o preposto fazendário não levou em consideração, na sua apuração da base de cálculo, a observância de que diversas mercadorias que compõe o levantamento, por integrarem a cesta básica ou dispuserem de redução de base de cálculo específica, deveriam ter sua alíquota ou carga tributária aplicada à época dos fatos geradores, indicando, por exemplo, o "charque", que diz representar mais de 90% dos itens de mercadorias relacionados na infração.

Instado a manifestar, o autuante, em relação a contestação das diferenças encontradas, mais especificamente no que se refere a infração 1, rebate os argumentos defensivos, destacando que todas as notas fiscais relacionadas na defesa dizem respeito as movimentações de envios e retornos promovidos pela própria autuada, conforme explicitado nos termos de suas considerações, porém em nenhum momento foram consideradas no levantamento, o que por isso mantém as diferenças apontadas, tanto na infração 1, quanto na infração 2, que aliás não fora objeto de argüição pela defendant.

Sobre a não aplicação da proporcionalidade (IN Nº 56/07, de 21/09/2007) aventada pelo sujeito passivo na infração 1, o autuante manteve-se silente. Por sua vez, em relação a argüição da aplicação da alíquota ou carga tributária aplicada à época dos fatos geradores, na apuração do imposto devido para a infração 2, diz que, como não sabia qual o destino final das mercadorias omitidas apuradas, aplicou a alíquota interna vigente à época da lavratura do Auto de Infração, ou seja, 17%.

Da análise das peças processuais, em pauta suplementar do dia 26/06/2013, a 5^a JJF, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que seja adotada a seguinte providência: (1) em relação à primeira infração, que diz respeito a omissão de entrada, que, com base na presunção legal, o sujeito passivo é acusado de ter efetuado seus pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias omitidas realizadas anteriormente, (art. 7º, II, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998) desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, de 21/09/2007, caso existam circunstância, elementos ou informações que permita concluir de que o sujeito passivo operava com mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária; (2) em relação à segunda infração, que diz respeito a omissão de saída tributáveis apurada por levantamento quantitativo de estoque (art. 4º c/c art. 5º, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998), desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas.

À fl. 287 o Fiscal Autuante, em atendimento ao pedido de diligencia acima destacado, desenvolve novos demonstrativos para as infrações 1 e 2. Em relação a infração 1, aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da IN nº 56/07, de 21/09/2007, o débito ficou reduzido para o valor de R\$23.068,70, conforme demonstrativo que anexa à fl. 288. Quanto a infração 2, aplicado a alíquota interna para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas, considerando o tratamento tributário determinado na legislação à época dos fatos geradores, o débito ficou reduzido para o valor de R\$3.221,97, conforme demonstrativo à fl. 291 dos autos.

Instado a manifestar, por via postal, através dos Correios (AR) na forma dos DOCs acostados aos autos às fls. 293-294, o sujeito passivo manteve-se silente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$38.190,30, após redução dos valores exigidos na primeira infração de R\$56.825,73 para R\$23.068,70, e na segunda infração de R\$6.998,48 para R\$3.221,97, mantendo-se os valores exigidos nas demais infrações.

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 269141.0012/14-1, lavrado contra **SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$38.190,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.899,63, 70% sobre R\$10.384,39 e 100% sobre R\$15.906,28, previstas no art. 42, inciso II, “a” e “e” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2015

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR