

A. I. N° - 207143.0060/14-9
AUTUADO - MEDIOLOG DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA LTDA.
AUTUANTE - RENATO RODRIGUES DA CRUZ NETO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 27.05.2015

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0074-02/15

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS DO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS. Lançamento efetuado com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis anteriores (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Ante a constatação no item seguinte, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Por se tratar de exigências fiscais apuradas com base em entradas de mercadorias do regime de substituição tributária desacompanhadas de documentos fiscais, restou caracterizada ilegalidade da presunção utilizada na apuração do débito, em razão da tipificação errônea da infração, impondo a nulidade do lançamento fiscal por cerceamento de defesa. Apesar do lançamento do segundo item ter sido feito corretamente, contudo, por força do vício constatado na infração anterior, o que resultaria em julgamento através dois PAF's sobre fatos correlacionados entre si, este item foi anulado. Representada a autoridade fazendária para renovação do procedimento fiscal, a salvo de falhas. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. FALTA DE REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Alegações defensivas desacompanhadas das respectivas provas não elidem a imputação. Mantida a multa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2014, reclama ICMS e MULTA no valor total de R\$20.756,55, calculado com base no CD constante à fl. 12, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

01 – 04.05.09 – Falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente

da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2009 a 2010), sendo exigido o imposto no valor de R\$3.759,62 e aplicada a multa de 60%. (docs. fls. 06 a 11).

02 – 04.05.04 - Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$9.125,44, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2009 a 2010). (docs. fls. 06 a 11).

03 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2009 e 2010, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$7.871,49, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo constante no CD à fl. 112.

O sujeito passivo às fls. 16 a 22, por seu representante legal, invoca os artigos 103 e 123 do RPAF/99; 5º, LV, LIV da CF/88; 151, III, e 106, do CTN, que tratam, respectivamente, de o direito de impugnação do lançamento; do contraditório e ampla defesa; da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, e do fornecimento da certidão negativa de débito tributário, para requerer que seja recebida e processada sua impugnação, com arrimo nas razões de Fato e Direito a seguir articuladas.

Quanto à infração 01, expressou seu entendimento de que a imputação diz respeito a falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, tendo alegado que não foi levado em consideração que as operações que originaram tais operações desacompanhadas de documento fiscal, em sua essência se referem à aquisição de mercadorias de uso e consumo, sendo, em alguns casos, operações interestaduais, com tratamento tributário distinto do aplicado nas operações internas, o que gerou distorções na aplicação da planilha da auditoria fiscal.

Aduz que a fiscalização se baseou em seu levantamento em uma suposta constatação de que haviam Notas Fiscais Eletrônicas sem registros em sua escrita fiscal, gerando assim, omissão no registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Argumenta que tal questionamento se sobrepõe a outros a serem analisados pelo douto parecerista designado, pois deste entendimento depende a manutenção ou não da Infração 01 do PAF, nos termos da segurança jurídica garantida nas relações existentes entre o fisco e o contribuinte.

Com base nisso, sustenta que não cabe a cobrança do ICMS-ST, por não ter ocorrido o fato gerador da exação, autorizadora da constituição do crédito tributário.

Com relação à infração 02, preliminarmente, considerou imprescindível e de fulcral importância chamar a atenção ao fato de que, conforme relatado na infração 01, o fato refere-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão das notas fiscais e conseqüentemente sem sua escrituração no livro de saída.

Alega que a Autoridade Fiscal relacionou itens que estão sujeito ao regime de Substituição tributária como sendo tributáveis ou itens que compõe o Ativo Imobilizado do Contribuinte que saíram do estabelecimento para manutenção/conserto.

Esclarece que, como o seu sistema informatizado não consegue emitir Nota Fiscal sem que o produto esteja cadastrado, foi necessário, portanto, se cadastrar os itens emitindo nota fiscal de entrada do próprio contribuinte para então, emitir nota fiscal de saída.

Assim, considerou descabida qualquer cobrança de ICMS sob a alegação de venda sem emissão de nota fiscal, haja vista, que os procedimentos, conforme a legislação foram adotados, e se houve algum equívoco – o mesmo foi gerado pelo mero erro de controle no sistema.

Inerente à infração 03, destaca que a conclusão fiscal de falta de registro de notas fiscais está baseada em uma suposta constatação de que haviam Notas Fiscais Eletrônicas sem registros na sua escrita fiscal, sem a verificação de quais destas notas fiscais teriam sido objeto de cancelamento, devolução ou efetiva não entrega ao destinatário, o que lhe forçou a solicitar de seus fornecedores cópias de livros fiscais, declarações ou registros de cancelamento de notas fiscais eletrônicas, expondo-o a um constrangimento no mínimo injusto.

Afirma que não existem notas fiscais sem registro na escrita fiscal, e para provar o quanto alega, acostou cópias de Notas Fiscais de Vendas e Devoluções, como é o caso do fornecedor Brastex Indústria e Comércio de Produtos, em que houve uma venda mediante a NF-e nº 2219 de 11/03/2010 e, só em 22/04/2010 ele emitiu uma outra NF-e nº 144 como devolução para fins de ajustamento de estoque. Alega, ainda, que dezenas de NF-e foram canceladas, como por exemplo: NF-e nº 3512 de 08/01/2009 - nº 3657 de 09/01/2009 - nº 3864 de 13/01/2009 - nº 3826 de 13/01/2009, etc., do fornecedor Prati, Donaduzzi e Cia Ltda.

Por conta disso, solicita que o Autuante promova a devida exclusão de todos os registros em que não tenha efetivamente comprovação de que o requerente veio a receber tais produtos.

Protesta por todas as provas em Direito admitida, especialmente a documental acostada, sempre na busca da inequívoca verdade material dos fatos apresentados nesta Impugnação.

Ao final, requer seja:

- *Concedido à suspensão da exigibilidade do crédito, e a expedição da CPEN quando requerida pelo Autuado, nos termos do art. 151 e 206 do CTN, e da Lei nº 7.014/96.*
- *Considerado procedente a presente Impugnação, acolhendo os pedidos nela articulados, reconhecendo a improcedência parcial do Auto de Infração sub exame.*
- *Concedida vistas ao Autuante para, querendo, prestar informações no triênio legal, nos termos do art. 126 e 127 do RPAF, ou caso não haja a prestação das informações que seja enviado processo ao órgão Julgador, no prazo e termos do art. 129 do mesmo diploma.*

Na informação fiscal à fl. 29, o autuante manteve integralmente a autuação, argumentando que o sujeito passivo deixou de comprovar de forma documental os fatos narrados no auto de infração.

VOTO

Verifico que o sujeito passivo impugnou todas as infrações contempladas no Auto de Infração, para as quais, passo a proferir meu voto com base no que constam nos autos.

Com relação às infrações 01 – 04.05.09 e 02 – 04.05.04, verifico que os valores lançados no demonstrativo de débito, foram apurados através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2009 e 2010), conforme demonstrativos às fls. 06 a 11, em decorrência de:

- aquisição de mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, na escrita fiscal, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária;
- falta de antecipação tributária sobre os mesmos produtos apurados no item anterior, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido da MVA, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Iniciando pela infração 02 – 04.05.04, diante da constatação de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária desacompanhadas de documentos fiscais, bem

como diferenças de saídas de mercadorias nesta mesma situação tributária, o autuante enquadrou, erroneamente, este fato como falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, por serem as entradas maiores que as saídas.

Ocorre, que para este tipo de situação fática, deveria ter sido tipificada na Infração 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro, desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

Ou seja, em virtude de a exigência fiscal dos itens acima ter sido apurada por meio de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, referente aos exercícios de 2009 e 2010, a imputação correta seria de aquisição de mercadorias de terceiro, enquadradas no regime de substituição tributária, desacompanhadas de documentação fiscal, e exigido o imposto Normal e Substituído.

No caso da constatação da diferenças de saídas, deveria ter sido tipificada a ocorrência como 04.05.03 - Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, a aplicada a multa de R\$50,00 por cada exercício em que ocorreu a omissão de saídas, o que não foi lançado no Auto de Infração.

No que tange à infração 01 – 04.05.09, diante da apuração de aquisição de mercadorias desacompanhadas de documentos fiscais, decorrente das diferenças apuradas na infração 02 – 04.05.04, a imputação está em conformidade com a Portaria nº 445/98, tendo em vista que restou caracterizada a falta de recolhimento do imposto, 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, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, em sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária.

O levantamento quantitativo por considerar a movimentação quantitativa dos produtos no estabelecimento, o seu resultado deve expressar o real movimento das mercadorias, e demonstra claramente a apuração do crédito tributário.

Na defesa o sujeito passivo argumentou que as operações que originaram as mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, em sua essência se referem à aquisição de mercadorias de uso e consumo, sendo, em alguns casos, operações interestaduais, com tratamento tributário distinto do aplicado nas operações internas, o que gerou distorções na aplicação da planilha da auditoria fiscal.

Não obstante o argumento acima, desacompanhado de provas, entendo que o autos contém vícios que maculam o lançamento de nulidade, visto que, restou caracterizado desobediência ao devido processo legal, com preterição ao direito de defesa, como no caso da infração 02 – 04.05.04, utilizando de presunção sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, inclusive deixando de aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória sobre a omissão de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ou mais precisamente:

- não foi disponibilizada integralmente os papéis de trabalho referente à “Auditoria de Estoques”;
- ilegalidade da presunção utilizada para apuração do débito;

- a atividade do estabelecimento consiste na comercialização de medicamentos, e nesse sentido deveriam ter sido observado que a totalidade parte das mercadorias comercializadas está sujeita à substituição tributária;
- inadequação do roteiro utilizado para a aplicação da presunção de culpa a infração 02.

Inerente à infração 01 – 04.05.09, em que pese está tipificada corretamente nos termos da Portaria nº 445/98, contudo, não constam no processo os levantamentos das entradas e das saídas impressos. Examinei o CD à fl. 12, e constatei que todos os levantamentos e demonstrativos, encontram-se nele inseridos, porém, não foi entregue ao autuado uma cópia do referido CD para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Não propus a conversão do processo em diligência para entrega dos levantamentos fiscais, por entender que diante dos vícios acima apontados, e visando reunir em um único Processo Administrativo Fiscal (PAF) as questões discutidas neste processo, e dotar o Estado da certeza do crédito tributário, o lançamento tributário em outro auto de infração dificultaria o julgamento por este Colegiado.

Nestas circunstâncias, concluo que está caracterizado neste processo um vício que macula o lançamento tributário dos itens em comento, por vício material, impondo a nulidades das infrações 01 – 04.05.09 e 02 – 04.05.04, nos termos do artigo 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Desta forma, nos termos do artigo 21 do RPAF/99, fica representada a autoridade competente para que seja programada uma nova ação fiscal, haja vista a existência de levantamento fiscal evidenciando a ocorrências de diferenças de mercadorias.

Por último, com relação à infração 03 – 16.01.02 o lançamento diz respeito ao fato de entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de dezembro de 2009 e 2010, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 1% sobre o valor comercial das mercadorias.

Nos autos não consta o levantamento das notas fiscais nem suas cópias, porém a relação dos documentos fiscais não registrados encontram-se inseridos no CD à fl. 12, e corresponde a 64 notas fiscais (2009) e a 82 notas fiscais (2010), não lançadas no Registro de Entradas. Não existe nos autos nenhum comprovante de entrega do referido CD.

Contudo, fiquei convencido que o autuado recebeu a relação das notas fiscais, haja vista que na sua impugnação ele se defendeu citando número de notas fiscais que diz terem sido registradas na escrita fiscal, como se depreende do trecho de sua defesa que transcrevo abaixo:

“O fato é que, NÃO EXISTEM NOTAS FISCAIS SEM REGISTRO NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE, e para provar o quanto alega, desde já, anexa cópia Notas Fiscais de Vendas e Devoluções como é o caso do fornecedor BRATESTEX INDUSTRIA E COMERCIO DE PRODUTOS, em que houve uma venda mediante a NF-e nº 2219 de 11/03/2010 e, só em 22/04/2010 ele emitiu uma outra NF-e nº 144 como devolução para fins de ajustamento de estoque. Dezenas de NF-e canceladas, como por exemplo: NF-e nº 3512 de 08/01/2009 - nº 3657 de 09/01/2009 - nº 3864 de 13/01/2009 - nº 3826 de 13/01/2009, etc do fornecedor PRATI, DONADUZZI E CIA LTDA. Ao tempo em que solicita que o Autuante promova a devida exclusão de todos os registros em que não tenha efetivamente comprovação de que o requerente veio a receber tais produtos.”

Desta forma, mantenho a multa aplicada neste item, visto que o autuado não apresentou qualquer prova de sua alegação, razão porque aplico o disposto nos artigos 142 e 143 do RPAF/BA.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1 - 04.05.09	NULO	0,00
2 - 04.05.04	NULO	0,00
3 - 16.01.02	PROCEDENTE	7.871,49
TOTAL		7.871,49

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **207143.0060/14-9**, lavrado contra **MEDILOG DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$7.871,49**, prevista no artigo 42, inciso XI, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal, devendo ser observado no prazo decadencial

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2015.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR