

A. I. N° - 207093.0001/11-9
AUTUADO - SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA. [D. E. CAFÉS DO BRASIL LTDA.]
AUTUANTE - JUVÊNCIO RUY CARDOSO NEVES
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 25. 08. 2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0128-01/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NULIDADE. Nos termos do art. 10, II, da Portaria nº 445/98, apurando-se omissão de operação de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. No caso em comento, foi equivocadamente exigido imposto com base em presunção legal. O levantamento quantitativo apurou omissões de saídas e de entradas. Infração nula. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS E DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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, a diferença de maior expressão monetária decorreu das operações de entradas. Diligências realizadas pela Assessoria Técnica do CONSEF - ASTEC CONSEF - por solicitação desta Junta de Julgamento Fiscal, revisaram o lançamento, o que resultou no refazimento dos cálculos e redução do débito. Infração parcialmente procedente. **c)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Não restou comprovada a ilicitude imputada ao autuado, mesmo com a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF, por solicitação desta JJF. Infração insubstancial. Afastada a preliminar de nulidade arguida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2011, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$468.369,66, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento de 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$327.799,86, acrescido da multa de 70%;
2. Falta de recolhimento de ICMS constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas – 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 (2007), sendo exigido ICMS no valor de R\$125.630,57, acrescido da multa de 70%;
3. Falta de retenção e o consequente recolhimento de ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$14.939,23, acrescido da multa de 60%.

O autuado apresentou defesa (fls. 217 a 227) e, preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e de certeza quanto às acusações. Afirma que no demonstrativo de débito não há indicação dos procedimentos realizados quanto ao levantamento quantitativo de estoque. Diz que não há indicação de como teria praticado as irregularidades que lhe foram imputadas. Reitera que as infrações não são claras e não estão lastreadas em elementos comprobatórios. Sustenta que as acusações são genéricas e sem fundamentação de como foram apuradas as diferenças de entradas e de saídas. Assevera que nos termos do art. 18, IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99 - aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o Auto de Infração em lide é nulo, pois a descrição das infrações não é suficiente para se determinar com segurança qual a conduta irregular praticada, bem como não foram apontados os fatos que ensejaram a presunção legal de que houve saídas não tributadas.

No mérito, diz que as infrações que lhe foram imputadas estão fundamentadas em presunção legal e decorreram de levantamento fiscal realizado com base em dados retirados do SINTEGRA. Explica que a infração 01 trata de operações com café e outras bebidas solúveis; a infração 02 refere-se a filtro e cappuccino; ao passo que a infração 03 trata de produtos cuja saída está sujeita à substituição tributária. Afirma que essa presunção que embasou o lançamento é relativa e deve ser afastada mediante prova em contrário.

Assevera que nas operações de transferências as quantidades dos produtos são expressas em quilogramas (kg), enquanto nas operações de saídas estão quantificadas em “caixas”, tudo conforme documentos anexados aos autos às fls. 361 a 635. Diz que, como os dados do levantamento fiscal foram retirados do SINTEGRA e que esse sistema não possibilita a indicação da unidade específica de cada operação, fatalmente haverá uma falsa diferença nos estoques. Frisa que essa diferença apurada por meio do levantamento não reflete a realidade dos fatos, uma vez que considera uma única unidade de medida para o cômputo dos produtos que ingressaram, permaneceram e saíram do estabelecimento fiscalizado, quando o correto seria a conversão da unidade de medida dos produtos que saíram para a unidade kg.

Menciona que, ao analisar as operações contempladas na autuação, detectou equívocos cometidos pelo autuante na mensuração e na apuração dos preços médios de alguns produtos. Diz que, como prova do alegado, apresenta as seguintes planilhas descriptivas das operações relacionadas no lançamento: “doc. 2 - resumo, doc. 3 - operações 2006 e doc. 4 - operações 2007”.

Esclarece que na planilha “Resumo do Auto de Infração – Bahia” (doc. 2 – fls. 243 a 249) foram demonstradas, por exercícios e por código de produtos, as diferenças entre o levantamento realizado pelo autuante e o que efetuou, de forma que o ICMS no máximo poderia ter sido de R\$ 75.459,43, montante que diz ainda não reconhecer como devido, tendo em vista que ainda continua efetuando o levantamento.

Aduz que, em razão do grande volume de documentos, apresenta, por amostragem, fotocópia de notas fiscais de alguns produtos (doc. 5 – fls. 360 a 635), a fim de demonstrar a veracidade das informações contidas nas mencionadas planilhas.

Prosseguindo, passa a apontar os equívocos existentes nos levantamentos quantitativos.

No que concerne à infração 01, relativamente ao exercício de 2006, afirma que não foram convertidas as unidades das operações de saídas dos produtos de códigos 1091, 1093, 1135, 1246 e 1263. Como prova desse argumento, cita como exemplo o produto de código 1246 na “planilha em doc. 3 e cópia das notas fiscais em doc. 5”. Diz que em relação a esse exercício o ICMS devido poderia, no máximo, totalizar R\$16.272,24. Em relação ao exercício de 2007, diz que não foram convertidas as unidades das operações de saídas dos produtos de códigos 1092, 1093, 1120, 1135, 1169, 1190, 1246, 1263, 2424, 2535, 2927, 2941, 2945, 2950, 2951, 2952 e 2989. Como prova desse argumento, cita o produto de código 1246 na “planilha em doc. 4 e cópia das notas fiscais em doc. 5”. Menciona que foi alterado o valor unitário de alguns produtos, consoante o “doc. 6”. Admite que o ICMS devido, no máximo, totalizaria R\$33.953,97.

Quanto à infração 02, diz que não foram convertidas as unidades das operações de saídas dos produtos de códigos 1186 e 1189. Como prova desse argumento, cita o produto de código 1186 na “planilha em doc. 4 cópia das notas fiscais em doc. 5”. Aduz que foi alterado o valor unitário de alguns produtos, como demonstrado no “doc. 6”. Sustenta que o ICMS devido seria, no máximo, de R\$17.546,06.

No tocante à infração 03, exercício de 2006, realça que não foram convertidas as unidades das operações de saídas dos produtos de códigos 1092 e 2535. Como prova, cita como exemplo o produto de código 2535 na “planilha em doc. 3 e cópias das notas fiscais em doc. 5”. Admite que, no máximo, seria devido ICMS no valor de R\$781,93.

Quanto ao exercício de 2007, assevera que não foram convertidas as unidades das operações de saídas dos produtos de códigos 2992 e 2993. Como prova, apresenta a “planilha em doc. 3”. Diz que, no máximo, seria devido ICMS no valor de R\$6.905,23.

Assevera que algumas notas fiscais foram emitidas manualmente e, por um equívoco, não foram contabilizadas, isto é, não foi dada baixa das mercadorias no estoque. Assegura que, no entanto, essas notas fiscais foram escrituradas nos livros fiscais e o tributo correspondente foi pago, fato que diz ter sido atestado pelo próprio autuante. Salienta que, assim, essa divergência no estoque deve ser considerada no levantamento quantitativo. Para comprovar seu argumento, acosta ao processo o “doc. 7” (fls. 647 a 670).

Ao finalizar sua defesa, requer que seja decretada a nulidade ou improcedência do Auto de Infração. Solicita que as intimações acerca do feito sejam encaminhadas para o advogado Sérgio Ricardo Nutti Marangoni, no endereço que declina.

Após a interposição da defesa, em 11/05/11, o autuado protocolou a petição de fl. 673 – volume II, na qual solicita que seja juntado ao processo o arquivo digital de fl. 674, que contém a digitalização das

notas fiscais de saídas que efetuou no período de 2006 e 2007, cujos documentos fiscais foram apresentados fisicamente junto com a impugnação.

O autuante prestou informação fiscal (676 a 682 – volume II) e, inicialmente, afirma que não há razão para a nulidade do Auto de Infração.

No mérito, afirma que são descabidos os argumentos defensivos quanto às unidades de medidas utilizadas nos levantamentos quantitativos. Diz que manteve contato com o autuado antes da lavratura do Auto de Infração, tendo sido adotadas as unidades de medidas conforme a orientação do defensor, conforme fls. 121 a 210, que alegou não ter condições técnicas de apresentar as correções nos arquivos magnéticos. Menciona que teve o cuidado de retificar cada uma das notas fiscais inventariadas na ação fiscal, conforme os tiques apostos nos documentos. Aduz que mesma verificação pode ser feita nos documentos de fls. 62 a 102. Transcreve *e-mails* enviados e recebidos do autuado.

Quanto aos alegados equívocos nos preços médios, afirma que o autuado deve atentar para as prescrições do Regulamento do ICMS, que exigem a apuração do preço médio com base nas entradas do último mês, e não o preço médio ponderado.

Assevera que não há números contraditórios no levantamento quantitativo, bem como afirma que nos arquivos magnéticos de fls. 674 não detectou nenhuma informação diferente das já consignadas nos demonstrativos de fls. 121 a 210.

Ao finalizar, mantém integralmente a ação fiscal e sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Às fls. 685/686, foram anexadas cópias da petição de fl. 673 e, às fls. 687/725, assim como fotocópia de relação de notas fiscais e as correspondentes notas.

Após apreciação em pauta suplementar, a 1ª JJF converteu o feito em diligência à INFAZ ATACADO (fls. 729/730 – volume III), para que o autuante atendesse às seguintes solicitações: a) acostasse ao processo o demonstrativo da apuração dos preços unitários médios; b) retificasse os demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques, uniformizando as unidades consideradas na auditoria fiscal; c) verificasse e, caso necessário, retificasse os preços unitários médios de diversos produtos indicados na defesa; d) que, de forma fundamentada, indicasse a razão pela qual sugeriu a manutenção dos seus demonstrativos em detrimento do de fls. 252 a 359.

O autuado foi intimado a apresentar, no prazo de cinco dias (fl. 797), os arquivos magnéticos referentes aos exercícios de 2006 e 2007, quantificando as operações com a mesma unidade (quilo, caixa, fardo, pacote). Posteriormente, esse prazo foi alterado para sessenta dias (fls. 772 e 773).

No cumprimento da diligência, fls. 796 a 804 – volume III, o autuante explica que, apesar de regularmente intimado, o autuado lhe apresentou um CD-ROM com algumas informações, sem anexo de folhas impressas. Diz que, nesse referido CD-ROM, o autuado inseriu um levantamento de estoque, o qual foi transscrito às fls. 798 a 800, suficiente para respaldar os preços médios apurados no levantamento quantitativo.

Assevera que, portanto, o autuado não atendeu à intimação, não fez a retificação dos arquivos magnéticos e também não apresentou novas planilhas de conversão. Diz que, assim, permanecem válidas as planilhas de conversão apresentadas pelo autuado e acostadas às fls. 121 a 210.

Ressalta que esse levantamento quantitativo e estoque apresentado pelo autuado não pode ser acolhido em sua totalidade, pois foram “criados” novos estoques iniciais em 2006 e 2007, diferentes dos escriturados no livro Registro de Inventário. Diz que esse fato pode ser observado pela análise dos livros Registro de Inventário anexado às fls. 103 a 120.

Afirma que anexou aos autos os demonstrativos da apuração dos preços unitários médios, originados pelo sistema “SAFA” (fls. 807 a 821).

Assevera que as unidades dos produtos já estão devidamente ajustadas, ou seja, o que foi movimentado em quilograma já está em quilograma, o que foi movimentado em fardo já está em fardo, o que foi movimentado em caixa já está em caixa. Diz que, assim, não há o que se falar em unidades diferentes na movimentação de uma mesma mercadoria.

Afirma que os preços unitários médios foram conferidos e ajustados, tendo sido alterados os valores originalmente lançados. Assim, na Infração 1, em relação ao exercício de 2007, o débito original de R\$ 263.609,07 passou para R\$ 203.176,50, conforme demonstrativos às fls. 801 e 802.

No que tange aos demonstrativos de fls. 252 a 359, o autuante afirma que as quantidades apresentadas pelo autuado não coincidem com a efetiva movimentação de entradas e de saídas, conforme as notas fiscais. A título de amostragem, apresenta uma planilha na qual relaciona a movimentação dos estoques do produto de código 1091, na qual, segundo as notas fiscais, a movimentação de estoques totaliza 12.913,30 kg, ao passo que no demonstrativo do autuado (fl. 252) consta uma movimentação de 11.264,70 kg. Frisa que essa situação se repete com os demais produtos, como diz que se pode comprovar pelo confronto entre os demonstrativos de fls. 252 a 359 com o demonstrativo em Excel apresentado pelo autuado.

Friza que a planilha apresentada na defesa contém outros equívocos e, como exemplo, diz que a mercadoria código 1091 (Café Caboclo vácuo puro sw 20x500g), no exercício de 2006, indicava um estoque inicial de 14.603 kg, enquanto no livro Registro de Inventário (fl. 104) constavam 2.364 kg. Menciona que o estoque final de 2006 era de 12.968,50 kg, enquanto no Registro de Inventário era de 730 kg (fl. 110). Afirma que, no exercício de 2007, essa mesma mercadoria apresentava um estoque final de 5.141 kg, ao passo que segundo Registro de Inventário era de 2.871,50 kg (fl. 116). Salienta que esses equívocos se repetem em todas as mercadorias. Às fls. 822 a 827, apresenta demonstrativos com as retificações efetuadas.

O autuado cientificado do resultado da diligência se pronunciou (fls. 833 a 842 – volume III) e, após uma breve síntese dos fatos, afirma que foi intimado a apresentar os arquivos magnéticos com retificação das unidades de medidas utilizadas. Diz que, em reunião com o autuante, mostrou que não era possível retificar os dados enviados via SINTEGRA, pois a “retificação” solicitada pelo autuante implicaria envio de informações contrárias às contidas nas notas fiscais. Menciona que, naquela ocasião, ficou acertado que apresentaria uma planilha contendo as informações relativas à movimentação de mercadorias, com os fatores de conversão das unidades.

Aduz que, em 05/01/12, apresentou um CD (doc. 2) contendo as informações acerca das mercadorias, porém o único documento considerado pelo autuante foi a planilha de fls. 798/800, que, por um erro, tinha sido elaborada de forma incorreta. Friza que o autuante não considerou a planilha principal, denominada “Base de Dados” (doc. 3), a qual contemplava todos os dados dos produtos, com as respectivas unidades de medidas e fatores de conversão. Assevera que também elaborou outras planilhas, tais como, “resumo”, “check”, “conversor_UM” e “materiais”, todas extraídas da planilha principal (“base de dados”), demonstrando inexistir diferença nos levantamentos de estoques de 2006 e 2007. Diz que, dessa forma, não há como se falar em falta de atendimento à intimação expedida pelo autuante. Assevera que a planilha de fls. 798 a 800, utilizada pelo autuante, contém informações equivocadas, de sorte que deve ser substituída pelas planilhas “Resumo de Movimentação 2006” e “Resumo de Movimentação 2007” (doc. 4).

Quanto ao cálculo do preço unitário médio, fls. 807 a 821, diz que a solicitação contida na diligência não foi atendida, uma vez que o autuante não corrigiu os erros cometidos no procedimento prévio à lavratura do Auto de Infração, questionados na impugnação. Diz que o autuante não efetuou a correta conversão das unidades de medidas dos produtos. Afirma que, para comprovar os equívocos do autuante, apresenta o “doc. 4”, contendo os preços médios calculados de acordo com todas as operações praticadas no ano, por produto.

Referindo-se ao preço unitário médio do produto de código 1186 (capuccino), cita a Nota Fiscal de Saída nº 681 e, em seguida, afirma que de acordo com a planilha “base de dados”, o preço unitário

em relação a essa citada nota fiscal seria de R\$ 2,58, ao passo que o preço tomando por base todas as operações do exercício de 2006 seria de R\$ 2,02.

Ainda quanto ao produto 1186 (capuccino), exercício de 2007, faz alusão à Nota Fiscal de Entrada nº 1925 (fl. 814) e, em seguida, diz que o autuante efetuou a conversão de forma equivocada, de modo que o preço médio das unidades comercializadas (48 unidades) totalizaria R\$ 4,28, e não R\$ 514,03 como consta na autuação. Assevera que, de acordo com a planilha “Resumo Movimentações – 2007”, o preço unitário médio calculado com base em todas as operações do exercício de 2007 é de R\$ 2,36.

Sustenta que também não foi atendida a solicitação para que fossem retificadas as unidades dos produtos relacionados na autuação, bem como não foi informado qual o motivo para a desconsideração dos demonstrativos de fls. 252 a 359.

Explica que o estoque inicial do exercício de 2006, do produto de código 1091, no total de 14.603 kg corresponde “à soma do estoque inicial de 2006”, conforme o doc. 5. Diz que o estoque final desse mesmo produto, no exercício de 2007, no total de 12.968,50 kg, corresponde “à soma de estoque final do ano de 2006”, conforme demonstrado nas planilhas docs. 6, 7 e 8.

Reitera que não foram atendidas as solicitações contidas no pedido de diligência, que toda a documentação referente aos seus estoques foi fornecida ao autuante e que não há diferença na movimentação dos estoques. Ratifica todos os termos da defesa inicial.

O autuante cientificado sobre a manifestação do autuado e os documentos apresentados se pronunciou à fl. 1.249 – volume IV, afirmando que não identificou nenhum fato novo ou motivo admitido em direito capaz de modificar o entendimento contido na diligência realizada.

Após apreciação em pauta suplementar, a 1ª JJF deliberou pela conversão do processo em diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1.253/1.254 – volume IV) , para que Auditor Fiscal designado atendesse às seguintes solicitações: a) efetuasse a devida correção das unidades dos produtos relacionados na autuação; b) elaborasse novos demonstrativos de cálculo dos preços unitários médios, seguindo as determinações contidas no art. 61 do RICMS/97; c) se pronunciasse, com a devida fundamentação, acerca dos elementos probantes acostados às fls. 849 a 1247; d) refizesse a apuração dos levantamentos quantitativos e, sendo o caso, elaborasse novos demonstrativos de débitos para o Auto de Infração.

A diligenciadora da ASTEC cumpriu a diligência nos termos do Parecer ASTEC Nº 88/2012 (fls. 1.257 a 1.264 – volume IV). Esclarece que efetuou os devidos confrontos das quantidades dos estoques iniciais e finais informadas nas planilhas dos levantamentos quantitativos de estoques, dos exercícios de 2006 e 2007, às fls. 19/20 e 59/60, elaborada pelo autuante, com as quantidades dos estoques iniciais e finais registradas no Livro Registro de Inventário do autuado, às fls. 104 a 119, restando comprovado que o autuante considerou, no levantamento quantitativo, a unidade caixa em diversas mercadorias, enquanto que no Livro Registro de Inventário as quantidades dos estoques iniciais e finais pelo autuado foram registradas com unidades em kg.

No que tange à infração 01, exercício de 2006, diz que com base nos fatores de conversão informados pelo autuado (fls. 121/210), foram feitas as devidas conversões das quantidades dos estoques iniciais e finais em KG (RI) para a unidade CX/FD (autuante), conforme demonstrativo que apresenta.

Registra que após as devidas conversões nos estoques iniciais e finais, foram refeitos os cálculos do levantamento quantitativo de estoque, alterando as quantidades das mesmas, como acima indicado, e foram apurados os seguintes valores: omissão de entrada R\$248.899,95 e omissão de saídas R\$721.055,30.

Quanto ao exercício de 2007, diz que com base nos fatores de conversão informados pelo autuado (fls. 121/210), foram feitas as devidas conversões das quantidades dos estoques iniciais e finais em KG (RI) para CX/FD (autuante), conforme demonstrativo que apresenta.

Registra que após as devidas conversões nos estoques iniciais e finais, foram refeitos os cálculos do levantamento quantitativo de estoque, com a alteração das quantidades retificadas, sendo apurados os seguintes valores: omissão de saídas R\$363.342,64; omissão de entradas R\$1.570.177,57.

Relativamente à infração 02, consigna que com base nos fatores de conversão informados pelo autuado (fls. 121/210), foram feitas as devidas conversões das quantidades dos estoques iniciais e finais em KG (RI) para CX/FD (autuante), conforme demonstrativo que apresenta.

Registra que após as devidas conversões nos estoques iniciais e finais, foram refeitos os cálculos do levantamento quantitativo de estoque, alterando as quantidades retificadas, sendo apurados os seguintes valores: omissão de entradas R\$129.117,32; valor do ICMS R\$21.949,94. Valor da omissão de saídas R\$73.773,70.

Quanto à infração 03, diz que com base nos fatores de conversão informados pelo autuado (fls. 121/210), foram feitas as devidas conversões das quantidades dos estoques iniciais e finais em KG (RI) para CX/FD (autuante), conforme demonstrativo que apresenta.

Registra que após as devidas conversões nos estoques iniciais e finais, foram refeitos os cálculos do levantamento quantitativo de estoque, alterando as quantidades retificadas, sendo apurados os seguintes valores: exercício de 2006 – valor da omissão de entradas R\$116.172,62; valor das saídas R\$83.258,46.

Exercício de 2007 - Com base nos fatores de conversão informados pelo autuado (fls. 121/210), foram feitas as devidas conversões das quantidades dos estoques iniciais e finais em KG (RI) para CX/FD (autuante), conforme demonstrativo que apresenta.

Registra que após as devidas conversões nos estoques iniciais e finais, foram refeitos os cálculos do levantamento quantitativo de estoque, alterando as quantidades retificadas, sendo apurados os seguintes valores: omissão de saídas R\$844.863,10.

Observa que considerando, ainda, as diferenças de omissões de saídas apuradas nos exercícios de 2006 e 2007, referentes a mercadorias sujeitas à substituição tributária na infração 01, foram acrescentados na infração 03, a retenção do ICMS referentes às omissões de saídas nos valores de R\$721.055,30 e R\$363.342,64, conforme demonstrativo que apresenta.

Conclui consignando que, após os devidos ajustes nas quantidades dos estoques iniciais e finais, apresenta os demonstrativos de débitos, sendo o valor do ICMS devido na infração 01 R\$335.112,52; na infração 02, R\$21.949,94 e na infração 03, R\$68.425,60.

O autuado cientificado sobre o Parecer ASTEC Nº 88/2012 se manifestou (fls. 1.271 a 1.276 – volume IV) discorrendo sobre os passos seguidos pelo PAF até chegar à ASTEC/CONSEF.

Discorda do resultado apresentado pela diligenciadora. Afirma que esta apontou equivocadamente diferenças ainda maiores do que aquelas apuradas originalmente no Auto de Infração, o que diz, não deve prosperar. Alega a existência de divergências na conversão de caixas para kg.

Reitera todos os argumentos apresentados na defesa inicial e manifestações posteriores, bem como as provas juntadas na manifestação de 26/03/2012.

À fl. 1.281 dos autos consta requerimento do impugnante no qual este pede a juntada das planilhas que demonstram a movimentação dos produtos, os parâmetros para padronização das unidades de medida, e a inexistência de qualquer diferença entre os estoques iniciais e finais nos anos de 2006 e 2007.

Às fls. 1.283 a 1.288 (vol. V) consta manifestação do autuado sobre o Parecer ASTEC Nº. 88/2012, na qual são repetidos os argumentos apresentados na manifestação anterior sobre o referido Parecer.

A 1ª JJF converteu o feito em diligência à ASTEC/CONSEF (fl. 1.449 – vol. V), a fim de que a Auditora Fiscal que cumprira a diligência analisasse e se pronunciasse sobre a manifestação do autuado.

Às fls. 1.452 a 1.456 (vol. V) o autuado apresentou o que denominou de complementação à manifestação apresentada, na qual requer a juntada do laudo que contempla a conversão da unidade de medida de acordo com o padrão adotado nos seus registros de inventário.

A Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF emitiu o Parecer ASTEC Nº 77/2013, no qual discorre sobre os procedimentos adotados para cumprimento da diligência.

Registra que o autuado enviou novas planilhas informando novos ajustes e reconhecendo diferenças existentes no estoque de 2006 e 2007 (fls. 1.554/1.581), contudo, não comprovou, novamente, as justificativas para as alterações apresentadas nas saídas de mercadorias, haja vista a conversão de unidades já ocorrida nas entradas das mercadorias, não havendo justificativa para nova conversão. Diz que, desse modo, foram feitas as devidas retificações, de acordo com os dados demonstrados e comprovados, tendo sido apurados os seguintes resultados:

Infração 01- Exercício de 2006 – valor das omissões de entradas – R\$45.082,97; valor das omissões de saídas R\$20.469,03;

Exercício de 2007 - valor das omissões de entradas R\$429.562,79; valor das omissões de saídas R\$91.927,78;

Infração 02 - valor das omissões de entradas – R\$73.773,70 - valor do ICMS R\$12.541,53;

Infração 03 - Exercício de 2006 - valor das omissões de saídas R\$59.946,21; Exercício de 2007 – valor das omissões de saídas R\$64.515,84.

Conclusivamente, consigna a diligenciadora que, após as devidas retificações nas quantidades de entradas, nos estoques inicial e final e preços unitários, elaborou novos demonstrativos de débitos das infrações 01, 02 e 03, conforme apresenta.

Na infração 01 o valor do ICMS devido apurado passou para R\$80.689,78. Na infração 02 o ICMS devido passou para R\$12.541,53. Na infração 03 o ICMS devido passou para R\$8.053,31.

O autuado cientificado do Parecer ASTEC Nº 77/2013 se manifestou (fls. 1.586 a 1.595) consignando que o autuante para análise da movimentação das mercadorias na empresa, não poderia considerar as informações contidas no SINTEGRA sem efetuar a necessária conversão das unidades de medida, o que gerou, equivocadamente, a presunção de que haveria entradas não escrituradas e/ou saídas não tributadas.

Afirma que as diferenças apontadas pela Fiscalização inexistem ou são muito inferiores daquelas indicadas no Auto de Infração, de modo que, do confronto da planilha resumo da movimentação do estoques dos anos de 2006 e 2007 que apresentou)doc. 01) com os demonstrativos elaborados pela fiscalização, é possível concluir que as unidades de medida utilizadas aleatoriamente pela fiscalização não correspondem a aquelas adotadas pela empresa em seus registros de inventário.

Reporta-se sobre o Parecer ASTEC nº 77/2013, dizendo que a Auditora Fiscal aplicou as unidades de medida corretas de acordo com cada produto, bem como reconheceu que o levantamento dos estoques obtidos incorretamente do SINTEGRA implicou as diferenças nos estoques dos anos de 2006 e 2007, de sorte que retificou os dados do estoque inicial, das entradas e do estoque final contidos no lançamento para utilizar os dados contidos no Livro Registro de Inventário, tal como demonstrara.

Alega que em relação às saídas, restou concluído pela diligenciadora, sem fundamentação alguma, que “*as quantidades de saídas são as mesmas apuradas pelo autuante, haja vista que não foram comprovadas as alterações apresentadas pelo autuado*”.

Assinala que a diligenciadora ainda reconheceu que o custo médio de alguns produtos não correspondia a aquele efetivamente praticado nos anos de 2006 e 2007, de modo que alterou alguns

valores para adequação dos preços praticados. Alega, entretanto, que por um equívoco, o custo médio correto não foi aplicado a todos os produtos.

Sustenta que, apesar de a exigência fiscal ter sido substancialmente reduzida em razão do acolhimento parcial dos fundamentos contidos na impugnação e nas demais manifestações apresentadas, ainda é possível verificar equívocos que comprometem a liquidez e certeza do lançamento.

Argui a nulidade do Auto de Infração por falta de clareza e certeza quanto às acusações fiscais, inexistindo, no presente caso, elementos suficientes para determinar com segurança a conduta supostamente infringida.

Assinala que a diligenciadora reconheceu os equívocos cometidos pelo fiscal autuante, de modo que promoveu diversas retificações no Auto de Infração, no que se refere ao estoque inicial, às entradas, ao estoque final e ao custo médio de alguns produtos.

Alega que ainda que tais retificações tenham sido feitas, é possível verificar que a Auditora Fiscal concluiu que *“as quantidades de saídas são as mesmas apuradas pelo autuante, haja vista que não foram comprovadas as alterações apresentadas pelo autuado”*. Afirma que não há sequer justificativa de não terem sido levados em consideração as informações obtidas da base de dados da empresa (doc. 01) e dos demais documentos referentes às saídas. Da mesma forma, não se justifica a utilização de um custo médio que não corresponde a aquele praticado pela empresa.

Assevera que se observa que os equívocos cometidos pelo autuante no tocante aos valores das saídas de produtos e de alguns custos médios persistem, de modo com que os fundamentos apresentados foram ignorados sem a devida fundamentação.

Alega que o Auto de Infração está lastreado de insegurança que pode ser observada até nos contraditórios resultados das diligências, razão qual deve ser declarado nulo, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RRPAF/99, aprovado pelo Decreto Estadual nº 7.629/99.

Prosseguindo, aponta os equívocos contidos no Parecer ASTEC Nº 77/2013.

Aduz que, caso não seja anulado o Auto de Infração, o que diz não admitir em virtude da total falta de clareza, certeza e insegurança quanto à conduta supostamente infringida, os equívocos cometidos na apuração da exigência fiscal ainda persistem, mesmo após as retificações promovidas pela Auditora Fiscal.

Observa que no Parecer ASTEC nº 77/2013, a Auditora Fiscal retificou os valores do saldo inicial dos estoques, das entradas e do saldo final dos estoques, o que diz reforçar o fato de que são totalmente plausíveis os seus fundamentos, porém deixou de aplicar os valores que seriam corretos das saídas, por entender que o impugnante não teria logrado êxito em comprovar a incorreção do lançamento fiscal.

Frisa que, quanto a esse aspecto, a Auditora Fiscal concluiu que *“as quantidades saídas são as mesmas apuradas pelo autuante, haja vista que não foram comprovadas as alterações apresentadas pelo autuado”*.

Alega que, da mesma forma que ocorreu com o saldo inicial dos estoques, das entradas e do saldo final dos estoques, os valores das saídas das mercadorias também foram equivocadamente apontados nas planilhas que compuseram o Auto de Infração, sendo certo que não se sustenta a simples afirmação genérica da Auditora Fiscal no sentido de que não teriam sido comprovada as alterações das saídas.

Afirma que a esse respeito, a composição das saídas está comprovada pela base de dados da empresa, no caso planilha resumo da movimentação do estoques, pelo Livro Registro de Saídas e pelas Notas Fiscais de Saídas que foram anexadas aos presentes autos, de modo que, caso a fiscalização tivesse analisado esses documentos, teria concluído que os valores inicialmente

apontados no Auto de Infração, e que continuam sendo utilizados para embasar a exigência fiscal, não se justificam.

Menciona, a título de exemplo, que no ano de 2007, deu saída efetiva de 10.813 kg do produto código 1091 - CAFE CABLOCO VACUO PURO SW 20X500G -, como comprova o “CD” juntado aos autos, que contém a planilha resumo da movimentação dos estoques nos anos de 2006 e 2007 (doc. 01), o qual foi entregue à Auditora Fiscal, ao passo que Parecer ASTEC nº 77/2013, que seguiu o que já constava no Auto de Infração, adotou um montante de “saídas reais” de 9.371,50 kg e de “saídas com NF” de 11.010,50 kg do produto.

Ressalta que esse equívoco pode ser observado com relação a todos os demais produtos objeto das infrações 01, 02 e 03, sendo certo que os valores corretos que deveriam constar com relação às saídas são aqueles apontados na base de dados da empresa, e não no SINTEGRA como feito pelo autuante.

Aduz que, desse modo, não se justifica que a Auditora Fiscal tenha ignorado os registros da empresa com relação às saídas de seus produtos, sob o fundamento genérico de que essas operações não restaram comprovadas nos presentes autos.

Alega que, além disso, o custo médio de vários produtos constantes da coluna “Valor Unitário” apontado no Parecer ASTEC nº 77/2013 continua errado, haja vista que os valores relativos ao custo médio dos produtos informados à fiscalização são diferentes daqueles apontados pela Auditora Fiscal, conforme se comprova da inclusa planilha resumo da movimentação do estoques nos anos de 2006 e 2007 (doc. 01).

Observa que já havia esclarecido esse equívoco, o que inclusive ensejou a retificação em diversos produtos por parte da Auditora Fiscal, conforme se verifica no Parecer ASTEC nº 77/2013.

Assevera que a despeito de ter sido reconhecido que o custo médio dos produtos contido no Auto de Infração não corresponde a aqueles efetivamente praticados no período, a diligenciadora deixou de promover à retificação no que diz respeito à maior parte dos produtos abrangidos no lançamento. Apresenta exemplo citando o produto “CAFE PILAO VACUO PURO SW 20X250GR” – Código 1263, ao qual a Auditora Fiscal atribui o valor do custo médio de R\$5,21, quando o correto seria R\$4,96; e o produto “CAFE DP CAFETERIE TORR GR FD 5X1KG” – Código 2941, ao qual a Auditora Fiscal atribui o valor do custo médio de R\$7,05, quando o correto seria R\$6,85.

Diz que se conclui que o custo médio dos produtos é inferior a aquele apontado pela Auditoria Fiscal no Parecer ASTEC nº 77/2013, sendo certo que deverá ser levado em consideração o custo efetivamente praticado no período, nos exatos termos em que consta na planilha resumo da movimentação dos estoques nos anos de 2006 e 2007 (doc. 01).

Alega, ainda, que a Auditora Fiscal utilizou, com relação à infração 03, um percentual de multa diferente daquele que havia sido exigido no Auto de Infração, haja vista que fora indicada a multa de 60% e no resultado da diligência apontou um percentual da multa de 70%, o que diz não pode ser admitido.

Finaliza a manifestação reiterando o pedido de nulidade do Auto de Infração ou, no mérito o seu cancelamento. Diz que a multa de 70% apontada na Infração 03 do Parecer ASTEC nº 77/2013 não merece prosperar. Por fim, reitera todos os argumentos tecidos em sede de impugnação e de manifestações que se seguiram.

O autuante cientificado do Parecer ASTEC Nº 77/2013 se pronunciou (fls. 1.600/1.601), discordando do levantamento realizado pela diligenciadora. Afirma que esta fez uma apuração semelhante a do autuado.

Salienta que mantém na íntegra o valor exigido no Auto de Infração, pois é o correto.

A 1ª JJF, considerando as alegações do autuado de existência de equívocos no levantamento levado a efeito pela diligenciadora da ASTEC/CONSEF (fls. 1.603/1.604), converteu o feito em diligência, a fim de que esta analisasse e se pronunciasse sobre os equívocos aduzidos pelo autuado.

A diligenciadora da ASTEC emitiu o Parecer ASTEC Nº 125/2014 (fls. 1.614 a 1.621), no qual esclarece que, de acordo com as novas alegações do autuado e notas fiscais de saídas apresentadas, foram levantadas todas as quantidades das saídas de mercadorias e respectivas conversões nas unidades de medidas, conforme cálculo apresentado nas notas fiscais e após as devidas inclusões e exclusões feitas nas quantidades saídas, de acordo com as unidades de medidas ajustadas, foram apurados os valores de ICMS de R\$148.217,89 na infração 01; R\$12.541,53 na infração 02; e R\$5.882,28 na infração 03, conforme demonstrativos que apresenta.

Às fls. 1.629 a 1.633 consta requerimento do autuado de juntada do incluso *compact disc* que contém as planilhas que demonstram os equívocos ocorridos nas saídas de mercadorias do levantamento fiscal (doc. 01) e das cópias reprográficas das notas fiscais de saídas dos anos de 2006 e 2007.

O autuado cientificado do Parecer ASTEC Nº 125/2014 se manifestou (fls. 1.734 a 1.751 – vol. V). Discorre sobre os fatos. Diz que vem comprovando desde a apresentação de sua impugnação que o autuante, para análise das movimentações das mercadorias da empresa, não poderia ter extraído simplesmente as informações contidas no SINTEGRA para realização do levantamento fiscal, sob pena de restar caracterizada, equivocadamente, a presunção de que haveria entradas não escrituradas e/ou saídas não tributadas. Reitera os argumentos apresentados anteriormente.

Reporta-se sobre o Parecer ASTEC nº 125/2014, registrando que a diligenciadora entendeu por bem retificar os montantes das saídas mediante a conversão das unidades de medida, alterar alguns custos médios e ajustar o percentual da multa da infração 03 tal como consta no Auto de Infração.

Sustenta que os cálculos realizados pela diligenciadora não merecem subsistir. Registra que juntou aos autos duas planilhas gravadas no *compact disc* (doc. 01) que contém toda a movimentação dos estoques, sendo uma planilha pertinente ao ano de 2006 e outra planilha pertinente ao ano de 2007, as quais atestam que, caso tivesse sido efetuada a conversão das unidades de medida nas saídas dos produtos e aplicado o efetivo custo médio das operações praticadas no período, as diferenças apuradas equivaleriam, quando muito, a R\$18.067,56 para o ano de 2006 e R\$ 369.842,95 para o ano de 2007.

Reitera a arguição de nulidade do Auto de Infração. Alega incerteza e insegurança. Repete que existe apenas alegação genérica das diferenças apontadas de que, por intermédio de um levantamento fiscal de dados incorretamente obtidos no SINTEGRA quando da lavratura do Auto de Infração, o Fisco teria encontrado diferenças entre as entradas e as saídas de mercadorias no seu estabelecimento, porém sem qualquer comprovação concreta.

Assinala que a Fiscalização reconheceu os equívocos cometidos pelo autuante, de modo que promoveu por três vezes consecutivas retificações no Auto de Infração, no que se refere ao estoque inicial, às entradas, ao estoque final, ao custo médio de alguns produtos e às saídas, conforme trecho do último Parecer que reproduz.

Alega que, dessa forma, ainda que por meio do Parecer nº ASTEC 125/2014 a diligenciadora tenha efetuado o ajuste nas saídas, cujo equívoco havia sido apontado, os respectivos cálculos foram efetuados de forma incorreta e em desacordo com as planilhas e ao conjunto de documentos que lhe foram fornecidos, o que acabou inclusive por aumentar substancialmente a diferença no estoque da infração 01.

Salienta que a diligenciadora ao invés de efetuar as conversões de medida de acordo com a unidade padrão do estoque e do livro Registro de Inventário, entendeu por excluir do cálculo de todos os produtos as quantidades apuradas em caixas, fardos e unidades, e incluir as quantidades em quilos e unidades, conforme se constata do trecho do Parecer cuja redação transcreve. Sustenta que isso não se justifica. Diz que esse procedimento adotado não está em linha do que vem comprovando desde

o início do processo administrativo, sendo certo que persistem as divergências apuradas nos estoques.

Ressalta que, além disso, com relação à infração 03, não contém no Parecer ASTEC nº 125/2014 sequer a planilha discriminada por produto, o que apenas reforça a insegurança do novo demonstrativo trazido pela diligenciadora.

Reporta-se sobre os equívocos contidos no Parecer ASTEC Nº 125/2014.

Diz que, conforme já mencionado, não se justifica a exclusão das quantidades apuradas em caixas, fardos e unidades e inclusão das quantidades em quilos e unidades, visto que para que não haja diferença no estoque deve ser verificada a respectiva unidade de medida padrão do produto que consta no livro Registro de Inventário.

Salienta que, na remota hipótese de não ser anulado o Auto de Infração, o que não pode admitir, os valores atribuídos pela diligenciadora às saídas de produtos deverão ser revistos, a fim de que sejam levadas em consideração as informações do *compact disc* juntado aos autos que contém a efetiva movimentação dos estoques praticada nos anos de 2006 e 2007 (doc. 01), sendo uma planilha pertinente ao ano de 2006 e a outra planilha pertinente ao ano de 2007. Informa que em cada uma dessas planilhas possui 5 (cinco) abas denominadas de “*resumo*”, “*check*”, “*base de dados*”, “*conversor – unidade de medida*” e “*materiais*”. Ressalta que as abas das planilhas que detalham minuciosamente as conversões efetuadas e que importam ser analisadas nesta oportunidade são, especialmente, as denominadas “*resumo*” e “*base de dados*”.

Esclarece que a aba “*resumo*” indica toda a movimentação dos estoques ocorrida nos anos de 2006 e 2007, dividida por produto, e a correta conversão da unidade de medida quanto às saídas, conforme colunas M e N das planilhas, a qual explica e exemplifica. Acrescenta que a aba “*base de dados*” contém a relação de todas as notas fiscais que ampararam as saídas praticadas nos anos de 2006 e 2007, e a respectiva conversão da unidade de medida nas saídas, para cada nota fiscal, conforme colunas U e W. Registra que se observa nas colunas M e N da aba denominada “*resumo*”, nas hipóteses em que a unidade de medida da saída constante da nota fiscal é diferente daquela unidade do livro Registro de Inventário, se faz necessária à respectiva conversão da unidade de medida. Apresenta como exemplo, no ano de 2006, o produto código 1091, CAFE CABOCLO VACUO PURO SW 20X500G, que saiu do seu estabelecimento na unidade de medida caixa com 10 quilos do produto cada, coluna E. Diz que para se quantificar a quantidade exata do produto que saiu do estabelecimento, seria necessário efetuar a respectiva conversão nas saídas, de caixas para kg, tal como se verifica nas colunas M e N, já que a unidade kg é a unidade padrão do livro Registro de Inventário.

Aduz que, assim sendo, a partir do citado exemplo, na hipótese em que o SINTEGRA apurou uma quantidade de produtos 1.289 caixas, será necessário multiplicar este valor por 10, haja vista que cada caixa contém 10 kg, de modo que a quantidade correta do produto que saiu do estabelecimento, em kg, seria 12.890 kg, ou seja 1.289 caixas x 10 kg = 12.890 kg.

Assevera que essa é justamente a origem da divergência que tem sido verificada no presente processo quanto às operações de saída, pois, enquanto o levantamento fiscal indica 1.289, esse registro numérico não corresponde à quantidade do produto que saiu do estabelecimento, sendo certo que a quantidade correta que deveria constar no levantamento fiscal seria de 12.890 kg.

Observa que convertendo-se as unidades de medida, e adotando-se a fórmula do levantamento fiscal (estoque inicial + entradas – saídas = estoque final), é possível constatar que a diferença apurada para esse produto, código 1091, CAFE CABOCLO VACUO PURO SW 20X500G, em 2006 correspondeu a apenas 30 quilos.

Consigna que restando clara a necessidade de conversão das unidades de medida para que inexista divergência nos estoques, cabe observar por meio das colunas D e F da aba “*resumo*” das planilhas que alguns produtos saem do estoque na unidade de medida caixas, conforme exemplo na linha 9

da planilha de 2006, outros saem em kg, conforme exemplo na linha 10 da planilha de 2006, outros saem em fardos, conforme exemplo na linha 18 da planilha de 2006, e outros saem em unidades, conforme exemplo na linha 28 da planilha de 2006.

Diz que nas hipóteses em que o produto saiu em unidade de medida que é aquela constante do livro Registro de Inventário, não se faz necessária a conversão, conforme exemplo na linha 10, colunas D, F, L, Me N da planilha de 2006, pois o produto saiu do seu estabelecimento em quilos, que é a unidade padrão do sistema para esse produto.

Frisa que, por outro lado, nas hipóteses em que o produto saiu em unidade de medida que não é aquela constante do livro Registro de Inventário, se faz necessária a conversão desta unidade de medida para aquela que é a sua unidade de medida padrão, conforme exemplo na linha 9, colunas D, F, L, M e N da planilha de 2006, pois o produto saiu em caixas, que não é a unidade padrão do sistema, de modo que se faz necessária a realização de um simples cálculo aritmético para conversão da respectiva unidade de medida para kg.

Ressalta que, independente da unidade de medida adotada, a utilização da unidade padrão do estoque nas saídas deve ser observada em todos os produtos elencados nas planilhas de movimentações dos estoques de 2006 e 2007 juntadas como doc. 01, de forma que os valores corretos que deveriam constar com relação às saídas são aqueles apontados na base de dados da empresa, e não no SINTEGRA.

Registra que no intuito de afastar qualquer dúvida de que as diferenças apuradas no levantamento fiscal inexistem, ainda apresenta cópias de notas fiscais de saídas que ampararam as operações no doc. 02.

Alega que a enorme quantidade das notas fiscais de saídas emitidas nos anos de 2006 e 2007 tornaria inviável e desnecessária a juntada de cópias de toda essa documentação nos autos, razão pela qual levantou aleatoriamente 30 notas fiscais de saída para extração de cópias reprográficas relativas a cada ano (doc. 02), de modo que, caso se entenda necessário analisar todos os documentos de saída que ampararam as operações, se coloca à disposição para disponibilizar as vias originais.

Ressalta que em cada uma dessas notas fiscais de saída, consignou à caneta a respectiva conversão nas saídas que deverá ser efetuada, e inclusive indicou a linha da aba “*base de dados*” em que consta essa nota fiscal na referida planilha anexada como doc. 01. Menciona como exemplo a Nota Fiscal de saída nº 705.

Conclui que, desse modo, resta provado que o entendimento da diligenciadora de, para todos os produtos, excluir as quantidades apuradas em caixas, fardos e unidades e incluir as quantidades em quilos e unidades está incorreto, o que resultou nas diferenças inexistentes no estoque.

Continuando, diz que, como se não bastasse, embora a diligenciadora tenha alterado os valores de alguns custos médios, essa interpretação não foi aplicada a todos os produtos, o que deverá ser objeto de ajuste. Nesse sentido, apresenta a lista dos produtos e os respectivos custos médios.

Conclui afirmando que deverão ser utilizados, no presente caso, os custos médios efetivamente praticados no período, os quais deverão ser aplicados sobre as unidades de medida padrão do livro Registro de Inventário, nos exatos termos em que consta na aba “*resumo*” das planilhas dos anos de 2006 e de 2007 (doc. 01).

Finaliza a manifestação reiterando que as sucessivas diligências e retificações atestam a falta de clareza, incerteza e insegurança do lançamento fiscal, sendo certo que o Auto de Infração merece ser anulado, conforme estabelece o art. 18, IV, “a”, do Decreto Estadual nº 7.629/1999.

Diz que, na remota hipótese de assim não se entender, o Auto de Infração deve ser cancelado por inexistirem as diferenças apontadas no Parecer ASTEC nº 125/2014, devendo ser levadas em

consideração as informações contidas na inclusa planilha resumo da movimentação dos estoques de 2006 e 2007, doc. 01, tal como consta nas notas fiscais de saídas, (doc. 02), a fim de que seja efetuada corretamente a conversão das unidades de medida e sejam adotados os custos médios efetivamente praticados nos períodos em questão, de modo que a base de cálculo para apuração do montante devido equivaleria, quando muito, a R\$18.067,56 para o ano de 2006 e R\$369.842,95 para o ano de 2007. Reitera todos os argumentos aduzidos em sede de impugnação e de manifestações que se seguiram.

O autuante acusou a ciência do Parecer ASTEC 125/3014 (fl. 1.819) e não se pronunciou.

VOTO

Trata o Auto de Infração em epígrafe da falta de recolhimento de ICMS, tendo sido as infrações apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007.

Preliminarmente, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, argumentando que falta clareza na descrição das infrações, que nos demonstrativos não há indicação dos procedimentos realizados e que não foram apontados os fatos que ensejaram a presunção legal de que houve saídas de mercadorias sem a devida tributação.

Quanto à alegada falta de clareza na descrição dos fatos e à arguida ausência de indicação dos procedimentos realizados quanto ao levantamento quantitativo, afasto a preliminar de nulidade, uma vez que a descrição dos fatos imputados ao autuado é clara, é a rotineiramente adotada pela fiscalização e, além disso, os demonstrativos que embasam a autuação e os dispositivos legais auxiliam o entendimento dos fatos apurados. Os procedimentos realizados para a apuração dos valores lançados estão evidenciados nos demonstrativos que embasam a autuação, sendo relevante ressaltar que o autuado recebeu cópia desses demonstrativos, conforme recibo no final de cada demonstrativo.

No que tange à presunção legal de realização de operações de saídas de mercadorias tributáveis, observo que as infrações 01 e 02 estão baseadas na presunção prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 e art. 2º, § 3º, do RICMS/BA/97. Também verifico que a infração 01 trata de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (fls. 12 e 55/56), ao passo que a infração 02 cuida de mercadorias tributadas normalmente (fls. 15/16).

Relativamente à infração 02, a aplicação da presunção está correta, haja vista que em conformidade com a legislação aplicável, no caso § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, art. 2º, §3º, do RICMS/BA/97 e Portaria 445/1998.

Entretanto, quanto à infração 01, na qual foi apurada omissão de operações de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não cabe aplicação da citada presunção legal.

Isso porque, no caso da omissão de entradas, deve ser observado que esse fato serve de indício para a aplicação da presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias efetuadas anteriormente e não declaradas ao Fisco, de forma que o imposto lançado em função da referida omissão de entradas não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim tendo em vista a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas indica a falta de contabilização de receitas, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não declarados ao Fisco, e esses recursos, salvo prova em contrário apresentada pelo contribuinte, presumem-se decorrentes de operações de saídas (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Na realidade, no caso deste item da autuação, deveria ter sido exigido o pagamento do imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o ICMS devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, nos termos do art. 10, II, da Portaria nº 445/98, cuja redação reproduzo a seguir:

(...)

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

1 - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d");.

Diante disso, a infração 01 é nula por inobservância do devido processo legal, o que trouxe insegurança na determinação da irregularidade imputada ao autuado, nos termos do artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99.

Adentrando no mérito, inicialmente, saliento que considero suficientes as informações trazidas aos autos nas diligências realizadas, especialmente a última diligência cumprida pela Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF, conforme o Parecer ASTEC Nº 125/2014. Considero, também, que os elementos existentes nos autos se apresentam suficientes para decisão da lide, razão pela qual entendo como desnecessária a realização de nova diligência.

Observo que o autuado sustenta que há equívocos na conversão das unidades dos produtos, pois as entradas são expressas em quilograma, ao passo que as saídas são quantificadas em caixas, conforme fotocópia de notas fiscais que acosta aos autos.

As diligências solicitadas à ASTEC/CONSEF em face das controvérsias existentes, corrigiram os equívocos aduzidos pelo impugnante, especialmente a última diligência que culminou no Parecer ASTEC Nº 125/2014 (fls. 1.614 a 1.621), no qual a diligenciadora esclarece que, de acordo com as novas alegações do autuado e notas fiscais de saídas apresentadas, foram levantadas todas as quantidades das saídas de mercadorias e respectivas conversões nas unidades de medidas, conforme cálculo apresentado nas notas fiscais e, após as devidas inclusões e exclusões feitas nas quantidades saídas, de acordo com as unidades de medidas ajustadas, foram apurados os valores de ICMS devido de R\$12.541,53 na infração 02 e R\$5.882,28 na infração 03, respectivamente, conforme demonstrativos por ela elaborados.

No que tange à infração 02, acolho o resultado apresentado pela diligenciadora no Parecer ASTEC Nº. 125/2014.

Isso porque, verifico que após os devidos ajustes realizados nas unidades de medidas das quantidades de saídas; a consideração dos preços médios corretos – os mesmos aduzidos pelo próprio impugnante - a diligenciadora apurou como ICMS devido o valor de R\$12.541,53.

Assim sendo, a infração 02 é parcialmente subsistente com ICMS devido no valor de R\$12.541,53.

Quanto à infração 03, observo que trata de levantamento quantitativo de estoque, no qual foi apurada omissão de saída de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Verifico que na diligência a Auditora Fiscal da ASTEC/CONSEF, conforme o Parecer ASTEC Nº. 125/2014, para chegar ao resultado apresentado de ICMS devido de R\$5.882,28, adotou o seguinte procedimento (fl. 1.620).

- considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2006, apurada na infração 01, no valor de R\$3.871,33;
- também considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2007, apurada nesta mesma infração 01, no valor de R\$85.784,32;
- considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2006, apurada na infração 02, no valor de R\$36.671,28;
- considerou a omissão de saídas referente ao exercício de 2007, apurada na infração 02, no valor de R\$46.681,29;
- calculou o valor do ICMS que deveria ter sido retido pelo contribuinte - conforme a acusação fiscal – adotando a metodologia prevista no RICMS/BA/97.

Ocorre que, sendo a infração 01 nula, conforme análise realizada linhas acima, por certo que os valores das omissões de saídas constantes daquele item da autuação, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, não podem ser utilizados na apuração da infração 03.

Ademais, mesmo que fosse possível a análise de mérito da infração 01, há que se observar que, caso restasse procedente, descaberia a exigência sobre a omissão de saídas. Contrariamente, se restasse improcedente e confirmada à omissão de saídas descaberia a exigência de imposto, por se tratar de operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada.

Já com relação aos valores das omissões de saídas utilizadas pela diligenciadora constantes da infração 02, referentes aos exercícios de 2006 e 2007, também não podem ser consideradas, haja vista que o levantamento quantitativo atinente a este item da autuação (infração 02) diz respeito a mercadorias sujeitas à tributação normal, enquanto a acusação fiscal da infração 03 se refere a operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Diante do exposto, a infração 03 é improcedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo nula a infração 01, parcialmente subsistente a infração 02 e insubsistente a infração 03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207093.0001/11-9, lavrado contra **SARA LEE CAFÉS DO BRASIL LTDA. [D. E. CAFÉS DO BRASIL LTDA.]**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.541,53**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

