

A. I. Nº - 207143.0040/14-8
AUTUADO - ADROMAR DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - RENATO RODRIGUES DA CRUZ NETO
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 12.08.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0123-05/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Não há segurança jurídica para manutenção do item 1 por conta da falta de documentação necessária à obtenção das omissões de saída de mercadorias, do cálculo do preço médio, e da falta de liquidez e certeza do cálculo do imposto devido. Infração 1 nula. **2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL.** Constatado na diligência, que os valores lançados nas DMA 3 anos antes da ação fiscal são compatíveis com os valores recolhidos, e os valores lançados a débito de ICMS nos arquivos magnéticos são também compatíveis com os que se encontram declarados nas DMA. Infração 2 improcedente. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Ausência de documentos imprescindíveis à manutenção das multas. Infrações 3 e 4 nulas. Auto de Infração **IMPROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração, lavrado em 25/03/2014 foi lançado ICMS e multa no valor total de R\$254.983,78 em razão das seguintes infrações à legislação tributária:

Infração 1 – Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, sendo lançado o valor de R\$21.345,97 acrescido das multas de 70% e 100%.

2 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS sendo lançado o valor de R\$208.722,30 acrescido da multa de 60%.

3 – Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de R\$23.376,97.

4 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de R\$1.538,54.

O impugnante apresentou defesa às fls. 15/24. Arguiu que passa por uma crise com queda da rentabilidade, contudo todo o imposto foi recolhido à época pertinente. Que no ano de 2009 todo o imposto foi recolhido e que teve sua defesa cerceada por falta de clareza nas notificações, no que resulta em nulidade o lançamento efetuado. Que se houver entendimento diverso, que se faça as diligências necessárias para apurações dos eventuais valores devidos.

Que houve falhas no sistema da empresa quanto à escrituração ao se adquirir caixas de produtos que foram vendidos em unidades e que na venda, entendeu como caixa do produto, gerando a saída de produtos inexistentes. Contesta as multas aplicadas por serem exageradas e que somente poderiam ser de 2%. Pede pela nulidade ou pela conversão em diligência, a fim de apurar as informações prestadas quanto à iliquidez do lançamento, por erro na apuração do imposto.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 56/58. Diz que a referida empresa contesta os valores reclamados neste auto de infração nos três primeiros itens, sem apresentar dados que fizessem com que fossem reconhecidos. Com relação ao item 4 a mesma apresentou dados comprobatórios no valor de R\$ 157,62 conforme demonstrativos anexos e cópias enviadas para o e-mail consefprocessos@sefaz.ba.gov.br, razões pelas quais, mantém o valor ora retificado, de R\$ 254.826,16, conforme demonstrado acima.

O processo foi convertido em diligência às fls. 82/83. O pedido esclarece que no Auto em lide, de quatro infrações, a primeira decorre por imposto lançado em auditoria de levantamento quantitativo de estoque, a segunda por imposto lançado e recolhido com valor divergente e a terceira e quarta, por falta de registro de notas fiscais de entrada. O impugnante pede a nulidade por falta de liquidez e certeza, assim como a falta da discriminação das notas fiscais e os valores que serviram de amparo ao lançamento. No curso da instrução do processo para julgamento, constatou-se que quanto à infração 1, no CD anexo, fl. 11, os demonstrativos da auditoria de estoque estão incompletos, pois só constam os relatórios de entrada e de saídas e o de omissões, estando em falta o relatório do preço médio e o do cálculo do imposto devido.

Que na infração 2, não consta qualquer demonstrativo com os valores que foram lançados no livro de apuração, em confronto com o que foi recolhido e que resultaram nos valores lançados nesta infração, cujo montante é expressivo (R\$208.722,30). Quanto às infrações 3 e 4, embora no CD conste ainda o relatório das notas não registradas, não consta cópia das notas no processo, nem comprovantes de que tenham sido entregues ao impugnante. Além disso, não consta no processo, que o impugnante sequer tenha tomado ciência dos demonstrativos incompletos que estão no CD.

Assim, esta 5ª JJF decidiu converter o processo em diligência à Inspetoria de Origem para que o autuante refizesse os demonstrativos de cálculo do preço médio, e demonstrativo de débito dos valores que foram lançados na infração 1, e anexasse ao processo, demonstrativo da apuração da infração 2 e cópias das notas fiscais que embasaram as infrações 3 e 4.

Às fls. 151/54 consta a informação de que o autuante se aposentou, tendo o Auditor Fiscal Juraci Leite Junior apresentado resposta ao pedido de diligência. Informa que o autuante, Renato Rodrigues da Cruz Neto, conforme doc. fl. 86, requereu e lhe fora concedido aposentadoria na data de 25/07/2015. Em atendimento ao despacho exarado à fl. 87 dos autos, procedeu a diligência elencada na fl. 82. Em diligência ao estabelecimento autuado, verificou que o mesmo encontra-se com atividades encerradas bem como em situação cadastral inapto.

Diz que a infração 01 refere-se a quantitativo de estoque em exercício fechado, o qual o CONSEF determina que seja anexado demonstrativo do preço médio e dos valores que compõem a apuração do imposto lançado. Face aposentadoria do autuante, apurou o Preço Médio com base nos arquivos Sintegra disponíveis no banco de dados da SEFAZ/BA.

Dos itens que apresentaram diferença no quantitativo de estoque objeto desta infração obteve o seguinte Preço Médio, conforme destacado na planilha no exercício de 2009. Anexou em cd demonstrativo do preço médio dos itens acima. Verificou que o ICMS apurado no montante de R\$33.345,15 é superior ao lançado no auto de infração que é de R\$11.424,38. Como o exercício de 2009 já operou a decadência, entendemos que tal diferença, salvo melhor juízo, não poderá ser lançada em auto de infração posterior. Em 2010, verificou que o ICMS apurado no montante de R\$8.461,62 é inferior ao lançado no auto de infração que é de R\$9.921,59.

A infração 02 refere-se a recolhimento a menor em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. Conforme relatório do Consef, não consta nos autos demonstrativo com os valores que foram lançados no livro Registro de Apuração em confronto com os valores recolhidos, tampouco cópia do livro de Registro de Apuração objeto da divergência. Foram refeitas as planilhas de demonstrativos com base nos elementos disponíveis nos banco de dados da SEFAZ/BA, ou seja, Arquivos Sintegra e DMA.

Conforme planilha, verifica-se que em todas as DMA os valores lançados como “ICMS a recolher” foram recolhidos em sua totalidade. Assim não detectou diferença a recolher. Constatou ainda que as DMA foram transmitidas cerca de 03 (três) anos antes do início da ação fiscal. Que conforme planilha, verifica-se, com exceção aos meses de 09/2010 e 10/2010, que em todas as DMA os valores lançados a débito estão compatíveis com os valores a débito apurados nos arquivos Sintegra. Nas pequenas diferenças apresentadas, em sua maioria, constata-se lançamento a débito “a maior” na DMA do que nos arquivos Sintegra.

Que as infrações 03 e 04 referem-se a falta de escrituração de notas fiscais em livro próprio. Conforme item anterior, o autuado encerrou suas atividades mercantis e encontra-se em situação inapto no cadastro da SEFAZ/BA. Quanto aos documentos solicitados pelo Consef, isto é, cópia das notas fiscais objeto do lançamento além de comprovantes de recebimento das mesmas pelo autuado, como são de responsabilidade do órgão acusador, procedeu assim contato com os fornecedores para obtenção dos mesmos, porém fora alegado a não obrigatoriedade de guarda e apresentação dos mesmos apresentados em face de decadência. Intimado o impugnante a se manifestar à fl. 160, houve recebimento por Alisson Almeida, sem identificação do vínculo entre o recebedor e o autuante. Não houve manifestação do impugnante.

VOTO

Conforme ficou claro no pedido de diligência, todas as 4 infrações encontravam-se com fortes evidências de nulidade, pois os procedimentos adotados (ou não adotados) são incompatíveis com necessária segurança jurídica para manutenção do lançamento tributário. Assim, o processo foi convertido em diligência ao autuante, que uma vez aposentado, foi substituído por auditor estranho ao feito. Assim, passo ao julgamento da lide com base nas informações fornecidas pelo fiscal diligente.

Por uma questão relativa à melhor conclusão do procedimento, inicio o julgamento não pela infração 1, mas pela 2, no valor de R\$208.222,30, que corresponde a mais de 80 por cento do lançamento neste auto. Não consta no processo, o demonstrativo com os valores que foram lançados no livro Registro de Apuração, em confronto com os valores recolhidos, tampouco cópia do livro de Registro de Apuração, objeto da suposta divergência entre valores escriturados e os que foram efetivamente recolhidos. Pura e simplesmente, constam os valores no demonstrativo do corpo do auto de infração, sem qualquer vínculo com demonstrativo de cálculo em que o autuante tenha se baseado para efetuar o lançamento assim como não há qualquer prova da falta de recolhimento a menos do imposto.

Uma vez que o contribuinte encerrou atividades e não foi encontrado, o diligente refez as planilhas de demonstrativos com base nos elementos disponíveis nos banco de dados da SEFAZ/BA, ou seja, Arquivos Sintegra e DMA apresentadas. A diligência concluiu que em todas as DMA os valores lançados como “ICMS a recolher” foram recolhidos em sua totalidade. Assim não detectou diferença a recolher. Constatou-se ainda que as DMA foram transmitidas cerca de 03 (três) anos antes do início da ação fiscal.

O diligente se esmerou em conferir se os valores lançados a débito nos registros SINTEGRA, conferiam com os valores indicados na DMA e constatou que, com exceção aos meses de 09/2010 e 10/2010, onde encontrou pequena diferença, em todas as DMA os valores lançados a débito estão compatíveis com os valores a débito apurados nos arquivos Sintegra. Nas pequenas diferenças apresentadas, em sua maioria, constata-se lançamento a débito “a maior” na DMA do que nos

arquivos Sintegra”, ou seja, possivelmente o contribuinte recolheu mais do que o que foi efetivamente apurado em alguns meses.

Assim, fica por demais evidenciado que o lançamento da infração 2 é improcedente, já que a nulidade não deve ser declarada pela anterior ausência da documentação probatório do crédito tributário, vez que aproveita ao impugnante, a certeza da ausência de imposto a pagar, devido à constatação feita na diligência, de que os valores lançados nas DMA 3 anos antes da ação fiscal são compatíveis com os valores recolhidos e os valores lançados a débito de ICMS nos arquivos magnéticos são também compatíveis com os que se encontram declarados nas DMA. Infração 2 improcedente.

As infrações 3 e 4, multa por descumprimento de obrigação acessória, referem-se à falta de escrituração de notas fiscais em livro próprio. O diligente informou que autuado encerrou suas atividades mercantis e encontra-se em situação inapto no cadastro da SEFAZ/BA e não teve acesso aos livros e documentos fiscais. Quanto ao que lhe foi solicitado, argumenta que para obtenção das notas fiscais probatórias da ausência de registros, fez contato com os fornecedores para obtenção dos mesmos, porém fora alegado a não obrigatoriedade de guarda e apresentação dos documentos face à decadência. Observa-se ainda que o impugnante apresentou em sua defesa cópia de vários lançamentos em seus registros de entrada (fls. 35/41) a partir dos dados que teve conhecimento (planilha com demonstrativo). Assim, constata-se inviável a obtenção de tais documentos, que são imprescindíveis à manutenção das multas. As notas fiscais são imprescindíveis à manutenção das multas, por claro cerceamento de defesa. Infrações 3 e 4 nulas.

Por fim, resta a infração 1. Embora o fiscal diligente tenha feito um esforço no sentido de obter o preço médio, constato da análise dos documentos apresentados, que não se obedeceu aos critérios analíticos previstos para tal, pois não há demonstração de que os preços foram obtidos a partir das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, nos termos da Portaria 445/98. Os demonstrativos anexados na mídia pelo diligente não deixa evidenciado o cálculo analítico dos preços médios. Verificou ainda o diligente, que o ICMS apurado no montante R\$33.345,15 é superior ao lançado no auto de infração que é de R\$11.424,38 e como o exercício de 2009 já operou a decadência, entende que tal diferença, salvo melhor juízo, não poderá ser lançada em auto de infração posterior.

No entanto, considero inviável o pedido de nova diligência. É que embora tenha sido feita uma tentativa de se trazer alguma substância ao lançamento, com o demonstrativo do preço médio, tal intento não foi alcançado e conforme se constata no processo, não há documentos probatórios acerca do inventário inicial e final do exercício, pois ao que consta, o autuante aparentemente executou a fiscalização sem ter acesso aos livros fiscais do impugnante, tendo feito mera “auditoria virtual” por meio de arquivos magnéticos.

O próprio termo de início de fiscalização à fl. 8 não deixa claro que o autuante teve acesso aos livros e documentos fiscais, atestando apenas que "foi solicitado ao mesmo os documentos e livros fiscais para averiguações" mas não há termo de arrecadação de livros e documentos, nem de devolução. Com o contribuinte tendo encerrado suas atividades e não tendo sido localizado pelo fiscal diligente para a consecução das correções solicitadas, torna-se altamente improvável que outra diligência venha a conseguir êxito, para sanear não apenas o preço médio, mas também a questão suscitada pelo impugnante acerca das unidades de entrada e saída das mercadorias. Ou seja, não se trata de uma diligência, mas de um novo procedimento em condições difíceis de serem efetuadas com um contribuinte que já encerrou atividades.

Os livros fiscais e documentos fiscais são imprescindíveis para se atestar a veracidade das informações dos arquivos magnéticos, afora o fato de que o próprio impugnante arguiu diferenças nas unidades utilizadas e tal questão só é possível mediante averiguação das notas fiscais de entrada. Tal situação (insegurança do lançamento) é particularmente agravada pelo fato de que na infração 2, de vultoso valor, se constatou que os valores recolhidos pelo impugnante

eram perfeitamente compatíveis com os que se encontram nas DMA além de ter sido feita uma conferência com os valores lançados a débito no arquivo Sintegra. Ou seja, denota-se que o trabalho do autuante foi deficiente quanto à colheita de provas que pudessem convalidar não apenas a primeira infração, mas todo o procedimento.

Leve-se em conta também, que as infrações 3 e 4 estão desprovidas de qualquer prova em favor do fisco, o que denota também a falta de critérios confiáveis em todo o procedimento. Assim, é forçoso concluir que o auto de infração só não é inteiramente nulo, por conta da flagrante improcedência da infração 2. Não há segurança jurídica para manutenção do item 1 por conta da falta de documentação necessária à obtenção das omissões de saída de mercadorias, do cálculo do preço médio, e da falta de liquidez e certeza do cálculo do imposto devido. Infração 1 nula.

Face ao exposto voto pela IMPROCEDÊNCIA do lançamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207143.0040/14-8**, lavrado contra **ADROMAR DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA**.

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, 12 de julho de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO – JULGADOR