

A. I. Nº - 269141.0012/14-1
AUTUADO - SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.
AUTUANTE - MARCO ANTONIO MACHADO DE ABREU
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 20.12.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0194-05/16

EMENTA. ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. a) OPERAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro das entradas enseja a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recurso não contabilizado, decorrente de operações de vendas anteriores não contabilizadas. Infração subsistente em parte. Refeitos os cálculos, haja vista que no levantamento fiscal não havia sido aplicada a proporcionalidade, esculpida no item 1 da IN nº 56/07. Débito reduzido. Considerações de defesa, por Recurso Voluntário, não são suficientes para modificar o débito julgado subsistente no ACÓRDÃO JJJ Nº 0022-05/15. Infração subsistente parcialmente no montante anteriormente apontado. **b) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS.** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso o das saídas tributáveis. Refeitos os cálculos, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas. Débito reduzido. Considerações de defesa, por Recurso Voluntário, não são suficientes para modificar o débito julgado subsistente no ACÓRDÃO JJJ Nº 0022-05/15. Infração subsistente parcialmente no montante anteriormente apontado. **2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS REALIZADAS PARA CONTRIBUINTES LOCALIZADOS DENTRO DO ESTADO.** Infração reconhecida. **3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. VENDAS A CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS.** Caracterizada a venda para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, com isso não cabe o benefício da redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00 (art. 1º). Infração acatada. Auto de Infração **PROCEDENTE DE PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

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

INFRAÇÃO 1 – Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$56.825,73, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, exercícios de 2009 e 2010,

efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos mesmos exercícios. Multas lançadas de 70% e 100%.

INFRAÇÃO 2 – Falta de Recolhimento do Imposto, no valor de R\$6.998,48, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, exercício de 2011, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Multa lançada de 100%.

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

INFRAÇÃO 4 – Recolheu a menor o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo nos exercícios de 2010 e 2011. Lançado ICMS no valor de R\$3.527,85 e multa de 60%. Consta na descrição dos fatos que a empresa reduziu a base de cálculo nas saídas para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS, em desacordo com o art. 1º do Decreto 7.799/00.

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

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

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

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

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

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

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

Por tudo quanto demonstrado, consubstanciado nos elementos fácticos e jurídicos ora apresentados vimos a este Egrégio Conselho de Fazenda Estadual, suplicar que o Auto de

Infração 269141.0012/14-1, seja considerado parcialmente procedente, conforme elementos probatórios encaminhados junto com esta peça defensiva, bem como em decorrência da falta de caracterização do fato ilícito apontado, e, principalmente, por ser indevido, acarretando um claro e irreversível prejuízo para o Autuado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

10/08/1998), desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas.

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

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

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

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

Voltando o Auto de Infração nº **269141.0012/14-1**, em tela, em estágio de diligência fiscal, por quanto à decisão a 2ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0187-12/15, em sessão do dia 15/06/2015, que julgou nula a decisão desta 5ª Junta de Julgamento de primeira instância expresso pelo Acórdão JJF Nº 0022-05/15, expedido em 29/01/2015, a 5ª JJF, objetivando a busca da verdade material, em pauta suplementar do dia 29/10/2015, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências, conforme o Termo de Diligência acostado às fls. 346/348 dos autos:

“1ª Providência: em relação às notas fiscais de retorno de mercadorias do depósito fechado - NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998, acostadas às fls. 252/272 dos autos, **intimar o autuado** a apresentar cópias das notas fiscais de envio ao depósito fechados relacionadas às mercadorias constantes dessas mesmas notas fiscais.

2ª Providência: em relação às notas fiscais de retorno de mercadorias do depósito fechado - as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603, **intimar o autuado** a apresentar cópias tanto dessas notas fiscais, que não foram anexadas aos autos na defesa, nem tampouco no Recurso Voluntário, bem como apresentar cópia das notas fiscais de envio ao depósito fechado relacionadas às mercadorias constantes dessas mesmas notas fiscais.

3ª Providência: depois de atendida a intimação, e **confirmado que os documentos fiscais** apontados na defesa e os demais, agora, acostados, **não foram considerados no levantamento fiscal**, e contempla efetivamente mercadorias de envio e retorno para depósito fechado, **refazer o levantamento quantitativo de estoque**, incluindo as movimentações decorrentes dos aludidos documentos fiscais, e ao final, indicar o real valor do débito a ser mantido na autuação”.

O Fiscal Autuante, à fl. 351 dos autos, assim destaca: “o contribuinte foi intimado, em 04/02/2016, a apresentar além dos documentos fiscais, alguns livros fiscais pertinentes.” Diz que não atendeu a intimação (fl. 352). Destaca que foi novamente intimado em 17/02/2016 (fl. 353) e diz que, também, não apresentou o material solicitado. Isto posto, destaca que, sem os livros e documentos fiscais solicitados, não foi possível cumprir a diligência.

Em 29/04/2016, na forma do disposto no art. 138 do RPAF/79, o presente processo foi encaminhado à Coordenação de Administração do CONSEF para inclusão em pauta de julgamento.

Na sessão de julgamento do dia 12/05/2016, em consonância com o princípio da verdade material, por quantum os argumentos, em mesa, do patrono da causa, a advogada Sra. Vanessa de Matos Ferreira, OAB-BA sob nº 26.173, de que houvera uma falha do autuado em não dar prosseguimento aos interessados da ciência dos Termos da Diligência acostada aos autos às fls. 346/348, decorrente da decisão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF Nº 022-05/15, de 15 de junho de 2015 (fls. 331/334), a 1ª JJF, decidiu pela **conversão do presente processo em diligência à Inspeção Fazendária de origem**, para:

- **Primeiro**, através do órgão competente da INFAZ, **cientificar o autuado**, através do seu patrono da causa, a advogada **Sra. Vanessa de Matos Ferreira**, OAB-BA sob nº 26.173, **mediante intimação**, por meio do endereço: Av. Luis Viana, nº 13.223, Hangar Business Park, Torre 01, Sala 317, Cep.: 41.500-300, Salvador, Bahia – Email: contato@vanessaferreira.adv.br, Cel.:(71)99978-3459, **dos Termos da Diligência**, acostada às fls. 346/348 dos autos. Ainda nessa perspectiva novamente **cientificar de forma direta o Contribuinte Autuado**, na forma do endereço atualizado constante do cadastro de contribuinte da SEFAZ/BA (Sistema INC). **Todas as documentações devem ser apresentadas no prazo máximo de 60 (sessenta) dias contados da data da ciência.**
- **Segundo**, depois de atendida a intimação, pelo Contribuinte Autuado e/ou patrono da causa, **encaminhar** todas as documentações levantadas **ao Fiscal Autuante**, para, **confirmando que os documentos fiscais** apontados na defesa e os demais, agora, acostados, **não foram considerados no levantamento fiscal**, e contempla efetivamente mercadorias de envio e retorno para depósito fechado, **refazer o levantamento quantitativo de estoque**, incluindo as movimentações decorrentes dos aludidos documentos fiscais, e ao final, indicar o real valor do débito da infração 1 a ser mantido na autuação.
- **Terceiro, constatando o Fiscal Autuante**, que os documentos fiscais apontados na defesa e os demais, agora, acostados, **não modifica o valor do débito da infração 1**, produzir informação fiscal com clareza e precisão, abrangendo todos os aspectos da defesa, conforme depreende os termos do § 6º do art. 127 do RPAF/BA.

O Fiscal Autuante, à fl. 351 dos autos, diz ter solicitado do defendente esclarecer como foram determinados os estoques iniciais e finais nos levantamentos quantitativos de estoques. Para tal, destaca ter intimado a apresentar cópias de algumas notas fiscais. Observa que o contribuinte foi intimado, em 04/02/2016, a apresentar além dos documentos fiscais, alguns livros fiscais pertinentes, porém não atendeu a intimação.

Voltando o Fiscal Autuante aos autos às fls. 585/587, adicionalmente à intimação feita à folha 365, diz que fez outra, solicitando livros de entradas (ex 2009 e 2010), saídas (ex 2009 e 2010) e inventário (31/12/2008, 31/12/2009 e 31/12/2010). Em resposta, destaca que o contribuinte apresentou os livros de entradas de 2010, saídas de 2010 e inventários de 31/12/2010 (loja e depósito fechado). Diz, também, que o contribuinte informou não mais possuir livros anteriores a 2010 (fl. 589). De posse desse material diz ter procedido às devidas verificações.

Em relação ao exercício de 2009 (fls.585/586), diz que os documentos fiscais inicialmente apontados e o posteriormente acostado pela defesa, não são capazes de modificar o valor do débito referente ao exercício 2009 da infração 1. Da mesma forma, em relação ao exercício de 2010 (fls. 586/587).

Desta forma, diz confirmar que o contribuinte não apresentou elementos em condições de modificar os quantitativos das omissões originalmente detectadas.

Às fls. 592/595, consta extrato do SIGAT confirmando o pagamento de parte do débito.

VOTO

Trata-se de novo julgamento do Auto de Infração nº **269141.0012/14-1** em tela, tendo em vista que a 2ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0187-12/15, em sessão do dia 15/06/2015, julgou nula a decisão desta 5ª Junta de Julgamento de primeira instância expresso pelo Acórdão JJF Nº 0022-

05/15, expedido em 29/01/2015, por entender que não se manifestaram sobre os argumentos e documentos fiscais acostados, pelo recorrente, que dizem interferir no levantamento quantitativo, objeto das infrações 1 e 2, vez que se tratam de movimentação de estoque para depósito fechado; e, à luz do entendimento da segunda instância, a primeira instância omitiu-se em tais argumento.

Voltando a análise do Auto de Infração nº 269141.0012/14-1 em tela, à luz da determinação da 2ª Câmara, preliminarmente consigno que, o presente PAF, com vista ao cumprimento da decisão da 2ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0187-12/15, fora colocado em Diligência à Inspeção Fazendária de origem, seja por conta da decisão dessa instância, na forma dos termos às fls. 346/348 dos autos, seja por pedido expresso do patrono da causa, a advogada Dra. Vanessa de Matos Ferreira, OAB 26.173, na assentada de julgamento do dia 12/05/2016; todas com fulcro ao deslinde do Recurso Voluntário interposto às fls. 313/316 dos autos, bem assim, o objeto que deu causa a nulidade da Decisão de primeira instância, conforme os seguintes destaques:

“Considerando que os termos descritos na Informação Fiscal, nem tampouco os demonstrativo que deram origem aos valores lançados na infração 1, não esclarece se no desenvolvimento do roteiro da Auditoria de Estoque foram considerados os estoques iniciais e finais de todo o conjunto dos estabelecimentos envolvidos nas operações, no caso específico o da i.e. 008.293.459, SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, empresa autuada; i.e. 62.433.998, SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, depósito fechado e a i.e. 052.301.603, FRIMAZEM –ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, isto é, se foram considerados os estoques iniciais e finais próprios e em poder de terceiros, pede-se:

- ***Primeiro, constatado que o levantamento considerou as quantidades de estoques iniciais e finais próprios e em poder de terceiros, ou seja as quantidades de estoques iniciais e finais de todo o conjunto dos estabelecimentos envolvidos nas operações, devolver os autos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento, sem tampouco dar qualquer ciência ao autuado, acostando aos autos todos os elementos probantes de tal procedimento;***

- ***Segundo, constatado que o levantamento só envolveu os estoques do estabelecimento autuado, i.e. 008.293.459, SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, deve-se:***

- ***1ª Providência:*** em relação às notas fiscais de retorno de mercadorias do depósito fechado - NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998, acostadas às fls. 252/272 dos autos, ***intimar o autuado a apresentar cópias das notas fiscais de envio ao depósito fechados relacionadas às mercadorias constantes dessas mesmas notas fiscais.***

- ***2ª Providência:*** em relação às notas fiscais de retorno de mercadorias do depósito fechado - as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603, ***intimar o autuado a apresentar cópias tanto dessas notas fiscais, que não foram anexadas aos autos na defesa, nem tampouco no Recurso Voluntário, bem como apresentar cópia das notas fiscais de envio ao depósito fechado relacionadas às mercadorias constantes dessas mesmas notas fiscais.***

- ***3ª Providência:*** depois de atendida a intimação, e ***confirmado que os documentos fiscais apontados na defesa e os demais, agora, acostados, não foram considerados no levantamento fiscal, e contempla efetivamente mercadorias de envio e retorno para depósito fechado, refazer o levantamento quantitativo de estoque, incluindo as movimentações decorrentes dos aludidos documentos fiscais, e ao final, indicar o real valor do débito a ser mantido na autuação.***

Neste contexto, o Fiscal Autuante, em sede de Informação Fiscal, à fl. 351 dos autos, diz ter solicitado do defendente esclarecer como foram determinados os estoques iniciais e finais nos levantamentos quantitativos de estoques. Para tal, destaca ter intimado a apresentar cópias de algumas notas fiscais. Observa, também, que o contribuinte foi intimado, em 04/02/2016 (fl. 352), a apresentar além dos documentos fiscais, alguns livros fiscais pertinentes, porém não atendeu a intimação.

Voltando o Fiscal Autuante aos autos às fls. 585/587, adicionalmente à intimação feita à folha 365, diz que fez outra, solicitando livros de entradas (ex 2009 e 2010), saídas (ex 2009 e 2010) e inventário (31/12/2008, 31/12/2009 e 31/12/2010). Em resposta, destaca que o contribuinte apresentou os livros de entradas de 2010, saídas de 2010 e inventários de 31/12/2010 (loja e depósito fechado).

Observa, também, que o contribuinte informou não mais possuir livros anteriores a 2010 (fl. 589). De posse dos materiais disponibilizados, diz ter procedido às devidas verificações.

Isto posto, entendendo ter ultrapassado todas as supressões de instâncias, no que dispõe o art. 149-A do RPAF/BA, elemento motivador da decretação de nulidade da Decisão de primeira instância, expresso pelo Acórdão JJF Nº 0022-05/15, proferida pela 2ª Câmara, através do Acórdão CJF Nº 0187-12/15, observo que o presente PAF está em condições de seguir os encaminhamentos necessários no julgamento da presente lide.

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

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

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

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

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

Da análise das peças processuais, em pauta suplementar do dia 26/06/2013, a 5ª JJF, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que seja adotada a seguinte providência: (1) em relação à primeira infração, que diz respeito a omissão de entrada, que, com base na presunção legal, o sujeito passivo é acusado de ter efetuado seus pagamentos com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias omitidas realizadas anteriormente, (art. 7º, II, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998) desenvolver novo demonstrativo de débito,

aplicando a proporcionalidade esculpida no item 1 da Instrução Normativa nº 56/2007, de 21/09/2007, caso existam circunstância, elementos ou informações que permitam concluir que o sujeito passivo operava com mercadorias isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária; (2) em relação à segunda infração, que diz respeito a omissão de saída tributáveis apurada por levantamento quantitativo de estoque (art. 4º c/c art. 5º, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998), desenvolver novo demonstrativo de débito, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas.

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

Não obstante essas reduções de débito das infrações 1 e 2, cabe observar outras considerações de defesa, mais especificamente da infração 1, que diz respeito ao trecho extraído da manifestação às fls. 255/256, conforme a seguir destacado:

“[...] as eventuais diferenças encontradas no levantamento, em especial as 2.936 caixas de bacalhau no período de 01/01/2009 a 31/12/2009 e 1.000 caixas de bacalhau no período de 01/01/2010 a 31/12/2010, jamais existiram de fato, e decorrem unicamente da falta dos registros de notas fiscais de retorno de armazenamento, por um equívoco do requerente, conforme os documentos ora anexados.

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

Sobre tal argumento defensivo, a informação fiscal, desenvolvida pelo Fiscal Autuante à fl. 275 dos autos, traz o destaque de que, *“tanto os envios para depósito promovidos pela autuada, como os retornos, não são contabilizados nos levantamentos quantitativos de estoques, pois se tratam de movimentações internas, que não modificam as quantidades de mercadorias pertencentes à empresa”*.

Tal assertiva deixa a entender que, na ação fiscal, objeto em análise, não foi considerado, no levantamento, as entradas de mercadorias oriundas de retorno de depósitos fechados (CFOP-5.906/6.906), nem tampouco saídas de mercadorias destinadas a depósitos fechados (CFOP-1.905/2.905), ou seja, em relação, especificamente, aos termos da defesa, as notas fiscais NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998, com relação ao exercício de 2009 e as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603, com relação ao exercício de 2010; não foram consideradas no levantamento.

Quanto a não terem sido consideradas, no levantamento quantitativo, as notas fiscais de retorno oriundas dos depósitos fechados SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA (I.E. 62.433.998) - exercício de 2009 e FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, (I.E. 052.301.603) - exercício de 2010, conforme indicado na defesa, não há dúvida, inclusive com declaração expressa do autuante na Informação Fiscal, já que não se vê constar no demonstrativo de entradas do levantamento quantitativo, exercício 2009 (fl. 29/30) e exercício 2010 (fl. 51) nenhuma dessas notas fiscais indicadas na defesa, porém não se sabe efetivamente, se as notas fiscais de saídas, relacionadas aos envios dessas mercadorias oriundas dos depósitos fechado, objeto da defesa, não foram

consideradas no levantamento, vez que não foram indicadas pelo defendente na defesa, nem tampouco consta do corpo das notas fiscais de retorno o indicativo de seus números, exceto quanto à declaração do Fiscal Autuante de que ao não se considerar as notas fiscais de retorno dos depósitos fechados no levantamento quantitativo, também não considerou as notas fiscais de envio aos referidos depósitos.

Isto posto, objetivando a busca da verdade material, em especial por quantum o Acórdão CJF Nº 0187-12/15, que anulou a decisão desta 5ª Junta de Julgamento expresso pelo Acórdão JF Nº 0022-05/15, expedido em 29/01/2015, a 5ª JF, em pauta suplementar do dia 29/10/2015, decidiu converter o presente processo em diligência ao Fiscal Autuante, para que sejam adotadas as seguintes providências:

“Considerando que os termos descritos na Informação Fiscal, nem tampouco os demonstrativo que deram origem aos valores lançados na infração 1, não esclarece se no desenvolvimento do roteiro da Auditoria de Estoque foram considerados os estoques iniciais e finais de todo o conjunto dos estabelecimentos envolvidos nas operações, no caso específico o da i.e. 008.293.459, SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, empresa autuada; i.e. 62.433.998, SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, depósito fechado e a i.e. 052.301.603, FRIMAZEM –ARMAZENAGEM FRIGORIFICA LTDA, isto é, se foram considerados os estoques iniciais e finais próprios e em poder de terceiros, pede-se:

- ***Primeiro, constatado que o levantamento considerou as quantidades de estoques iniciais e finais próprios e em poder de terceiros, ou seja as quantidades de estoques iniciais e finais de todo o conjunto dos estabelecimentos envolvidos nas operações, devolver os autos ao CONSEF para instrução, visando o devido julgamento, sem tampouco dar qualquer ciência ao autuado, acostando aos autos todos os elementos probantes de tal procedimento;***
- ***Segundo, constatado que o levantamento só envolveu os estoques do estabelecimento autuado, i.e. 008.293.459, SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, deve-se:***
 - ***1ª Providencia:*** em relação às notas fiscais de retorno de mercadorias do depósito fechado - NF 00892; 000893; 000895; 000896; 000898; 000906; 000907; 000908; 000909; 000910; 000911; 000913; 000916 e 000917, emitidas pelo depósito fechado SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA, I.E. 62.433.998, acostadas às fls. 252/272 dos autos, ***intimar o autuado*** a apresentar cópias das notas fiscais de envio ao depósito fechados relacionadas às mercadorias constantes dessas mesmas notas fiscais.
 - ***2ª Providencia:*** em relação às notas fiscais de retorno de mercadorias do depósito fechado - as NF 31367; 31415; 31414 e 31366, emitidas pela FRIMAZEM - ARMAZENAGEM FRIGORÍFICA LTDA, I.E. 052.301.603, ***intimar o autuado*** a apresentar cópias tanto dessas notas fiscais, que não foram anexadas aos autos na defesa, nem tampouco no Recurso Voluntário, bem como apresentar cópia das notas fiscais de envio ao depósito fechado relacionadas às mercadorias constantes dessas mesmas notas fiscais.
 - ***3ª Providencia:*** depois de atendida a intimação, e ***confirmado que os documentos fiscais apontados na defesa e os demais, agora, acostados, não foram considerados no levantamento fiscal, e contempla efetivamente mercadorias de envio e retorno para depósito fechado, refazer o levantamento quantitativo de estoque, incluindo as movimentações decorrentes dos aludidos documentos fiscais, e ao final, indicar o real valor do débito a ser mantido na autuação.***”

De posse do material apresentado pelo defendente, em função das intimações, o Fiscal Autuante procedeu às devidas verificações, conforme se segue:

Em relação ao exercício de 2009, diz que o questionamento trata das diferenças de entradas da mercadoria Bacalhau 10 Kg (código 08), cujo levantamento de estoques, que não levou em consideração as movimentações de/para depósito fechado (folha 275), apresentou os seguintes números: “*Estoque inicial (folha 27) = 87,00 CX*”; “*Estoque final (folha 27) = 0,00 CX*”; “*Entradas com nota fiscal (folha 29) = 2.500,00 CX*”; “*Saídas com conta fiscal (folhas 39 a 43) = 5.523,00 CX*”; “*Omissão detectada (folha 27) = 2.936,00 CX*”.

Em sua defesa, à folha 256, diz que o contribuinte pede que sejam consideradas as notas fiscais anexadas: 00892, 00893, 00895, 00896, 00898, 00906, 00907, 00908, 00909, 00910, 00911, 00913, 00916 e 00917 emitidas do depósito fechado para o estabelecimento autuado.

Em função de uma primeira diligência solicitada (fls.346/348), diz o autuante que o contribuinte foi intimado a apresentar as notas de envio para o depósito fechado da mercadoria Bacalhau 10 Kg no exercício 2009 (fls. 351/355), mas não o fez. Mais uma vez intimado, fls. 365/366, desta vez apresentou a nota fiscal de entrada nº 073587 de 17/12/2008, referente à importação de 2.500 CX de bacalhau, dizendo ser uma nota de envio ao depósito fechado relativo às notas fiscais de retorno nºs 00892, 00893, 00895, 00896, 00898, 00906, 00907, 00908, 00909 e 00910 (fls. 569/570).

Como tal, diz que, o que coaduna com o autuante, efetivamente, nota fiscal de importação, não é nota fiscal de envio para depósito fechado. Ademais, diz que ainda faltam as notas fiscais de envio referentes às notas de retorno nºs 00911, 00913, 00916 e 00917.

Conclui, portanto, afirmando que os documentos fiscais apontados não são capazes de modificar o valor do débito referente ao exercício 2009 da infração 1.

Em relação ao exercício de 2010, diz tratar de diferenças de entradas da mercadoria Bacalhau Saithe Cx 25 kg (código 318), cujo levantamento de estoques, que não levou em consideração as movimentações de/para depósito fechado (folha 275), apresentou os seguintes números: “*Estoque inicial (folha 47) = 0,00 CX*”; “*Estoque final (folha 47) = 0,00 CX*”; “*Entradas com nota fiscal (folha 51) = 1.290,00 CX*”; “*Saídas com nota fiscal (folhas 49 e 50) = 2.290,00 CX*”; “*Omissão detectada (folha 47) = 1.000,00 CX*”.

Em sua defesa, à folha 256, diz que o contribuinte pede que sejam consideradas as notas fiscais nºs 31367, 31415, 31414 e 31366, não anexadas aos autos, emitidas pela Frimazem Armazenagem Frigorífica Ltda para o estabelecimento autuado.

Em função de uma primeira diligência solicitada (fls. 346/348) o contribuinte foi intimado tanto a apresentar as citadas notas, como as notas de envio para a Frimazem Armazenagem Frigorífica Ltda da mercadoria Bacalhau Saithe Cx 25 kg no exercício 2010 (fls. 351/355), mas não o fez.

Mais uma vez intimado, fls. 365/366, diz que desta vez apresentou (fls. 573) a nota fiscal nº 3111 de 21/01/2010 de envio para a Frimazem Armazenagem Frigorífica Ltda de 1.000 CX (25.000 KG) de Bacalhau Saithe Cx 25 kg; e as notas fiscais de retorno (fls. 574/581) nºs 31415, de 10/02/2010, com 1.575 KG; 31414, de 10/02/2010, com 4.675 KG; 31367, de 03/02/2010, com 6.250 KG; e 31366, de 03/02/2010, com 12.500 KG.

Destaca que essas quatro notas fiscais totalizam 25.000 KG (1.000 CX), exatamente a quantidade enviada para armazenagem. Portanto o envio e o recebimento de/para o armazém geral se anulam, e refazendo o levantamento considerando esta situação, fica assim posto: “*Estoque inicial (folha 47) = 0,00 CX*”; “*Estoque final (folha 47) = 0,00 CX*”; “*Entradas com nota fiscal (folha 51) = 1.290,00 + 1.000,00 = 2.290,00 CX*”; “*Saídas com nota fiscal (folhas 49 e 50) = 2.290,00 + 1.000,00 = 3.290,00 CX*”; “*Saídas reais = EI + Entradas – EF = 0,00 + 2.290,00 – 0,00 = 2.290,00 CX*”; “*Omissão detectada = 3.290,00 – 2.290,00 = 1.000 CX*”.

Conclusão, diz que os documentos fiscais inicialmente apontados e os posteriormente acostados pela defesa, não são capazes de modificar o valor do débito referente ao exercício 2010 da infração 01.

Considerando que todos os documentos acostados aos autos, em sede de Defesa, seja na inicial ou por Recurso Voluntário, foram considerados no desenvolvimento do Levantamento Quantitativo de Estoque, com análise minuciosa, por parte do autuante, de sua utilização no procedimento fiscal, em que não foram capazes de modificar o valor do débito remanescente da infração 1, entendo restar razão ao Fiscal Autuante em manter o valor do débito já corrigido no valor de R\$23.068,70 na forma do demonstrativo de débito à fl. 288 dos autos, vez que já contempla a proporcionalidade esculpida no item 1 da IN nº 56/07, de 21/09/2007, que diz respeito

ao outro argumento de defesa, já acatado pela 5ª JJF no julgamento expresso pelo Acórdão JJF Nº 0022-05/15, expedido em 29/01/2015, ora ratificado.

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

A segunda infração, que diz respeito a omissão de saída tributáveis apurada por levantamento quantitativo de estoque (art. 4º c/c art. 5º, da Portaria SEFAZ-BA nº 445, de 10/08/1998), como destacado no julgamento expresso pelo Acórdão JJF Nº 0022-05/15, expedido em 29/01/2015 já fora objeto de correção, em sede de diligência, pelo autuante, onde desenvolveu novo demonstrativo de débito, aplicando a alíquota interna, considerando o tratamento tributário determinado na legislação, à época dos fatos geradores, para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas.

Em sendo assim, aplicando a alíquota interna para cada um dos itens de omissões de saídas levantadas, considerando o tratamento tributário determinado na legislação à época dos fatos geradores, o débito ficou reduzido para o valor de R\$3.221,97, conforme demonstrativo à fl. 291 dos autos, o que se mantém sem qualquer alteração, com essa nova decisão.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269141.0012/14-1**, lavrado contra **SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$38.190,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.899,63, 70% sobre R\$10.384,39 e de 100% sobre R\$15.906,28, previstas no art. 42, incisos II, “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, de 03 de Novembro de 2016.

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TOLSTOI SEARA NOLASCO - JULGADOR