

A. I. N° - 206859.0020/02-1
AUTUADO - LDN COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - VLADIMIR MÁXIMO MOREIRA
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 17.12.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0426-02/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques em exercício aberto, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Fato não contestado em relação ao recolhimento a menos, porém no tocante à falta de recolhimento da antecipação tributária, apesar das alegações, não foi o suficiente para elidir a acusação. Imputações confirmadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Não elidida a acusação de lançamento de notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis como não tributáveis. Rejeitado o pedido de nulidade da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 25/03/2002, para exigência de ICMS no total de R\$ 49.202,62, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$9.358,92, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, correspondente ao período de 01/01 a 31/12/2001, conforme documentos às fls. 10 a 23.
2. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 574,45, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária relacionadas nos Anexos 69 e 88 do RICMS/BA, através das Notas Fiscais relacionadas às fls. 52, 53 e 54.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 35.942,92, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à aquisição interestadual de mercadorias

enquadradas no regime de substituição tributária relacionadas nos Anexos 69 e 88 do RICMS/BA, conforme demonstrativos e documentos às fls. 58 a 105.

4. Deixou de recolher ICMS no total de R\$ 3.326,33, no período de janeiro a setembro de 2001, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas, conforme demonstrativos às fls. 105 a 109.

O autuado em seu recurso às fls. 114 a 126, alega que o trabalho fiscal está eivado de vícios insanáveis pela inexistência de critérios técnicos na sua execução, e constituição ilegítima de elementos probatórios. No caso da infração 03, argüi a nulidade da autuação, com fulcro no inciso II do artigo 18 do RPAF/99, sob alegação de que o lançamento tributário está eivado de vícios insanáveis por cerceamento do direito de defesa, com base na preliminar de que o lançamento tributário do referido item foi constituído de forma ilegítima, pois não foi obedecido o disposto no artigo 46 do RPAF/99, tendo em vista que não lhe foram fornecidas cópias do levantamento e das notas fiscais coletadas junto ao CFAMT da SEFAZ, para que pudesse exercer o seu direito da ampla defesa assegurado na Constituição Federal.

No mérito, o sujeito passivo manifesta-se pelo reconhecimento integral da infração 02 comprometendo-se a proceder ao devido recolhimento após o julgamento do Auto de Infração.

No tocante a infração 01, relativa a exigência de imposto apurado através de auditoria de estoques, o defendente protesta pelo não fornecimento do demonstrativo de cálculo do preço unitário médio, argumentando que ficou prejudicada a plenitude do exercício defensivo do contraditório com preterição da ampla defesa.

Sobre a infração 03, o autuado diz que esta autuação não pode prosperar, pois não recebeu cópia do demonstrativo das notas fiscais, e inexistia qualquer documento que assegurasse de que as notas fiscais relacionadas tivessem circulado no seu estabelecimento. Citou o Acórdão CS nº 1023/99, que julgou improcedente o Auto de Infração por considerar que a simples cópia da quarta via fixa do talonário do remetente das mercadorias não é suficiente para caracterizar a infração. Por conta desse argumento, diz que está patente a ilegitimidade das provas apresentadas nos autos pela não representatividade legal, não oficialidade e por não conter relação material com o fato. Além disso, alega ainda, que o levantamento realizado pelo autuante está alicerçado em meras suposições, por entender que para que seja caracterizada a infração seriam necessárias comprovações através de duplicatas, cópias de cheques ou depósito bancário, canhoto de recebimento de mercadorias ou até mesmo de lançamentos na escrita contábil, de modo a que se pudesse caracterizar o recebimento dos produtos mencionados.

Quanto à infração 04, o autuado manifesta-se pela sua nulidade, sob o argumento de que a sua constituição está alicerçada em desacordo aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, em razão de não cumprir formalidade essencial de existência do processo, pois não restou demonstrado no trabalho fiscal qual o critério adotado no levantamento do débito, o que caracteriza o cerceamento de defesa.

Por fim, requer que seja o Auto de Infração considerado parcialmente procedente, mantendo-se o item 02, e tornando nulos os demais itens, ou improcedentes por estarem baseados em meras suposições não autorizadas pela legislação vigente.

Na informação fiscal constante às fls. 139 a 140, o autuante esclarece que a sua ação fiscal foi autorizada pela Ordem de Serviço nº 515793/01, e que toda a documentação fiscal que foi utilizada no trabalho fiscal foi entregue pelo Contador conforme autorização à fl. 08, e que quando da ciência do Auto de Infração foram entregues cópias de todos os demonstrativos elaborados durante a fiscalização. Quanto às infrações que foram imputadas ao sujeito passivo, o autuante rebate as alegações defensivas esclarecendo a origem da cada uma, destacando no caso da infração 03, que as mercadorias constantes nas notas fiscais coletadas no CFAMT circularam pelos postos fiscais e o imposto só não foi antecipado naquelas unidades por força de Regime Especial concedido ao contribuinte, inclusive que foi solicitado o cancelamento do mesmo por má utilização.

Considerando a alegação defensiva de que não foram entregues cópias dos demonstrativos e documentos que originaram o lançamento tributário das infrações 01, 03 e 04, esta Junta na pauta suplementar do dia 08/08/2002, para evitar futura alegação de cerceamento do direito de defesa, decidiu pela realização de diligência à Infaz de origem, no sentido de que fossem entregues ao sujeito passivo, sob recibo, cópias dos documentos constantes às fls. 10 a 23, e 45 a 109, para que o mesmo pudesse contraditar a autuação na forma prevista na legislação vigente.

O autuante à fl. 146 informa que forneceu ao autuado cópias dos documentos assinalados na diligência, cujo autuado, após regularmente intimado, em seu recurso às fls. 152 a 159, ratifica todos os termos de sua defesa inicial, acrescentando no tocante à infração 03, o que segue:

- a) que as notas fiscais obtidas junto ao CFAMT poderiam ter sido adquiridas indevidamente em seu nome, haja vista inexistir qualquer termo de recebimento;
- b) que dentre as notas fiscais coletadas existem aquelas que realmente foram destinadas ao seu estabelecimento, mas não foram recebidas por falha na especificação do produto;
- c) que inexistiu qualquer tipo de levantamento de Caixa, que indicasse que realmente houve omissão de saídas de mercadorias apurada por entrada de mercadorias não tributáveis;
- d) que não foram concedidos no levantamento os créditos fiscais destacados nas notas fiscais apuradas no CFAMT;
- e) que em virtude do fato autuado ter sido caracterizado como falta de registro de aquisições de mercadorias, caberia a imposição da multa de 10% e de 1%, sobre as mercadorias tributáveis e não tributáveis respectivamente, conforme previsto nos incisos IX e XI do artigo 915, do RICMS/97;
- f) que possui considerável saldo de Caixa que absorveria a indevida presunção de omissão de saídas de mercadorias prevista no inciso IV do § 3º do artigo 2º do RICMS/97.

VOTO

Na análise das peças processuais constata-se que a não observância da exigência meramente formal contida na legislação tributária existente no Processo, relativamente a falta de entrega dos demonstrativos e documentos que originaram o lançamento das infrações 01, 03 e 04, foi devidamente saneada a pedido desta Junta, conforme Intimação expedida pela repartição fazendária, constante à fl. 148, onde se verifica que foi reaberto o prazo de defesa com a entrega, sob recibo, das cópias da Auditoria de Estoques, Demonstrativo do Preço Unitário Médio, Levantamento das Entradas e das Saídas, Demonstrativo do Cálculo das Omissões, Levantamento Fiscal de Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas com as respectivas notas fiscais, onde constam a indicação de cada documento fiscal utilizado, inclusive das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, documentos esses, bastantes esclarecedores e suficientes para que o autuado pudesse exercer o seu direito da ampla defesa e do contraditório. Assim, as preliminares de

nulidades argüidas pelo sujeito passivo devem ser rejeitadas, por não se enquadrarem em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

Examinando o mérito da autuação, concluo o seguinte:

Infração 01 – Refere-se a exigência de imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apuradas através de auditoria de estoques, tudo de conformidade com os demonstrativos e levantamentos constantes às fls. 10 a 23.

Na análise do demonstrativo de cálculo das omissões constante às fls. 20 a 23, verifica-se que a auditoria de estoques detectou apenas omissão de saídas em diversos produtos, cujos números estão discriminados analiticamente nos levantamentos das entradas e das saídas, na demonstração do cálculo do preço unitário médio, documentos esses, todos entregues ao autuado para que o mesmo pudesse exercer a ampla defesa e o contraditório. Para refutar o levantamento quantitativo de modo válido é necessário que sejam apontados quais os equívocos acaso cometidos no trabalho fiscal. O autuado em seus dois recursos limitou-se apenas a alegar que não lhe haviam sido entregues o demonstrativo de cálculo do preço unitário médio, alegação desprovida de qualquer fundamento, haja vista que consta às fls. 13 a 19 a assinatura do representante legal da empresa atestando a recepção de tais documentos em 10/09/02.

Portanto, restando evidenciada na auditoria de estoques a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, essa situação, ou seja, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques em exercício fechado, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível, cujo débito foi calculado corretamente com base na Portaria nº 445/98. Subsiste a infração.

Infração 02 – Este item não merece maiores considerações, pois o autuado reconheceu o cometimento da infração relativa a recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 574,45, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), nos meses de julho, agosto e setembro de 2001, relativamente às notas fiscais relacionadas às fls. 52, 53 e 54.

Infração 03 – Trata-se de exigência de imposto por antecipação, no valor de R\$ 35.942,92, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo à aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas) relacionadas nos Anexos 69 e 88 do RICMS/BA. O débito encontra-se devidamente demonstrado analiticamente às fls. 58, 61, 65, 70, 74, 85, 92, 95 e 103, e foi apurado com base nas segundas vias das notas fiscais coletadas no CFAMT e que circularam pelos postos fiscais, nas quais, constam todos os dados cadastrais do autuado.

A falha alegada na peça defensiva foi suprida através de diligência fiscal mediante a entrega dos demonstrativos e dos documentos que serviram de base à autuação, conforme assinatura do representante da empresa nos citados demonstrativos.

Quanto a alegação defensiva de que as notas fiscais obtidas junto ao CFAMT poderiam ter sido adquiridas indevidamente em seu nome, haja vista inexistir qualquer termo de recebimento, ou seja, que as mercadorias não foram adquiridas pelo estabelecimento, entendo que caberia ao próprio autuado, conseguir as provas necessárias junto aos fornecedores, se fosse o caso, de que não havia efetuado qualquer pedido das mercadorias.

Igualmente se ocorreram mercadorias que realmente foram destinadas ao seu estabelecimento, mas não foram recebidas por falha na especificação do produto, neste caso, o autuado poderia muito bem ter trazido aos autos qualquer prova nesse sentido.

Quando a fiscalização detecta a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas, a lei autoriza a presunção de que a falta de contabilização de tais entradas decorreu de omissão de saídas também não contabilizadas. No caso presente, observo que o autuante não exigiu o imposto relativo com base nessa ocorrência, ou com base em levantamento de Caixa, porquanto, já havia sido exigido o imposto por omissão de saídas, no mesmo período, através da infração 01.

Sobre os créditos fiscais destacados nas notas fiscais coletadas no CFAMT e utilizados para apuração do débito, analisando-se os demonstrativos de apuração da antecipação tributária constantes às fls. 58, 61, 65, 70, 74, 85, 95 e 103, verifica-se que os mesmos foram considerados no cálculo do débito.

Por fim, quanto a alegação do autuado de que caberia a imposição da multa de 10% e de 1%, sobre as mercadorias tributáveis e não tributáveis respectivamente, conforme previsto nos incisos IX e XI do artigo 915, do RICMS/97, observo que não lhe assiste razão, tendo em vista que o fato autuado não foi em razão da falta de registro de aquisições de mercadorias, mas sim de falta de antecipação tributária.

Por tudo isso, considero que está devidamente caracterizado o cometimento da infração relativa ao item 03.

Infração 04 – O fulcro da autuação decorre da falta de recolhimento do imposto no total de R\$ 3.326,33, no período de janeiro a setembro de 2001, em razão de ter praticado operações tributáveis sem destaque do ICMS e com destaque do imposto nos documentos fiscais, com lançamentos no livro fiscal próprio como operações não tributáveis. O argumento defensivo de que não restou demonstrado no trabalho fiscal qual o critério adotado no levantamento do débito, não merece prosperar, pois da análise dos demonstrativos às fls. 106 a 109 verifica-se que encontra-se discriminado cada documento fiscal, inclusive com a indicação das respectivas mercadorias, os quais, por ocasião da diligência fiscal lhe foram entregues cópias dos citados demonstrativos para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ante a simples negativa do cometimento da infração, entendo que subsiste a imputação.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206859.0020/02-1**, lavrado contra **LDN COMÉRCIO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 49.202,62**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$39.843,70 e de 70% sobre R\$ 9.358,92, previstas no artigo 42, incisos II, “a” e “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR - RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – JULGADOR