

A. I. Nº - 108580.0006/01-6
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
AUTUANTES - LAUDELINO BISPO COSTA FILHO e EDMUNDO NEVES DA SILVA
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 11.03.04

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060/01-04

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS AINDA EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Nessa situação, deve-se exigir o tributo do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável tributário. Houve a diminuição do débito reclamado tendo em vista revisão do lançamento fiscal. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Sendo a mercadoria (cimento) enquadrada no regime da substituição tributária, e comprovado que o imposto devido por antecipação não fora recolhido tendo em vista as operações realizadas (transferências entre matriz e filial) é devido o imposto conforme revisão efetuada. **c)** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. Infração parcialmente procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 02/12/02, o Auto de Infração reclama ICMS no valor de R\$15.984,92 acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, consequentemente 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 o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis (exercício de 1998) – R\$2.935,84;
2. Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 1997) – R\$12.461,88;
3. Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte

substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetua das sem a emissão de documentos fiscais, e consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 1998) – R\$587,20.

O autuado em defesa (fls. 134/145) argüiu, como preliminar, a nulidade do lançamento fiscal, já que o levantamento quantitativo não se encontrava em conformidade com os elementos da sua escrita fiscal, o que resultava, para efeito da exigibilidade do imposto, em presunção legal no ano de 1997, presunção esta que não passava de arbitrariedade, desprovida de prova.

Prosseguindo em sua argumentação, afirmou que para validade do lançamento do crédito tributário eram indispensáveis que fossem atendidos os requisitos formais, pertinentes à identificação dos elementos inerentes à configuração da obrigação tributária, tais como: fato gerador, matéria tributável, quantificação do imposto dito devido, em conformidade com o que estabelece o art. 142, do CTN, que transcreveu. Assim, não se poderia falar em lançamento do ICMS, quando a situação fática consistiu em alegar omissão de saída e entrada de mercadoria, sem qualquer identificação das operações promovidas, da base de cálculo, da alíquota aplicável e do período fiscal em que teria ocorrido tal omissão, uma vez que omissão de entrada e salda não se configura em hipóteses de incidência do ICMS, cuja previsão normativa contempla as operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, que para efeito de apuração de cumprimento da obrigação tributária comprehende período mensal.

Após tais argumentos, informou que é empresa estabelecida com atividade comercial equiparada a industrial, recebendo, por transferência, cimento para comercialização, cujas notas fiscais encontravam-se regularmente escrituradas nos Livros Registro de Entradas de Mercadorias, Saídas, Controle da Produção e do Estoque, Inventário e Apuração do ICMS. Inobstante este fato, os autuantes presumiram, em relação ao ano de 1997, suposta omissão de entrada e saída de mercadoria. Em relação ao ano de 1998, encontraram uma suposta diferença de 3.228 sacos de 50 Kg. Porém não havia como mensurar a veracidade dessa diferença uma vez que ocorreram diversos equívocos por parte do fisco, exemplificando: 1) no ano de 1997 foram relacionadas diversas notas fiscais de entradas como se fossem saídas (nºs 24858, 25015, 25767, 25768, 25889, 26256, 26648, 26830, 26862, 26966, 27414, 27446, 27415); 2) foram consideradas no levantamento notas fiscais canceladas (nºs 2032, 2981, 3092, 3765, 8005, 2177, 2827, 2934); 3) também consideradas notas fiscais de faturamento antecipado e suas respectivas remessas o que gerou duplicidade de saídas.

Afora tais equívocos, observaram que os autuantes levaram cerca de cinco meses para efetuar o lançamento, levando-se em conta a data da Intimação (8/7/02) para a apresentação dos documentos fiscais e a sua devolução ocorrida em dezembro/2002, após a ciência do Auto de Infração, ou seja, em 6/12/02. Frisou, ainda, que a documentação foi devolvida fora da ordem cronológica e misturada com documentos de outros contribuintes, o que dificultou sobremaneira o seu direito de defesa.

Entendeu que diante das irregularidades demonstradas não havia como se chegar a uma conclusão plausível à compor o seu estoque para rebater todas as diferenças apontadas, o que exigia diligência fiscal.

Abordando o direito da questão, entendeu que em conformidade com o art. 1º, da Lei nº 7.014/96 a hipótese de incidência do ICMS consiste na promoção de operações relativas à circulação de mercadorias e prestações de serviços de transporte e de comunicação. Assim, diante da previsão normativa, não se pode exigir o imposto por presunção, arbitramento, ou qualquer outro critério que não reflita a ocorrência de tais eventos sob pena de se estar atribuindo à autoridade

administrativa a condição de legislador, inovando-se a ordem jurídica, mediante a imposição de tributo sobre fato presumido.

Em seguida passou a impugnar as multas aplicadas as entendendo confiscatórias e em desconformidade, inclusive, com o perfil jurídico do ICMS que não permite que o imposto acarrete redução no patrimônio do promotor da operação. Neste sentido dissertou extensivamente, trazendo determinações da Constituição Federal, da norma tributária nacional, posicionamento de juristas e decisões de tribunais.

Por fim, solicitou diligência fiscal, a nulidade do lançamento ou a sua improcedência.

Os autuantes prestaram informação (fl. 157) concordando com algumas das ponderações do impugnante, principalmente em relação as notas fiscais de entradas do exercício de 1997 lançadas como notas fiscais de saídas do mesmo exercício, as excluindo das saídas e incluindo nas entradas. Observaram que como os documentos fiscais de entradas da empresa autuada são na sua totalidade adquiridas junto a Itagussu Agro Industrial S.A., que é a sua matriz e que como os dois estabelecimentos utilizam o mesmo padrão de notas fiscais, este fato induziu ao erro que no momento estava sendo sanado.

Em relação às notas fiscais canceladas do exercício de 1997, discordaram em parte do impugnante, vez que dentre elas existiam documentos cujas mercadorias foram devidamente entregues, como podia ser observado nas notas fiscais de saídas anexas a este PAF de números 2177, 2934, 8005, 3092 e 3765, onde existem não só o carimbo e assinatura de quem fez a entrega, mas também a assinatura de quem recebeu as mercadorias (fls. 159, 160, 161, 162 e 163). Porém as notas fiscais nº 2032, 2981 e 2827 se encontravam, comprovadamente, canceladas. Foram excluídas do levantamento.

Apresentaram novas planilhas e novo demonstrativo de débito com os valores atualizados.

O autuado requereu á Repartição Fiscal a devolução das notas fiscais, que indicou, entregue aos autuantes objetivando a produção da informação fiscal (fl. 247). O pedido foi atendido (fl. 250).

Chamado para tomar ciência da modificação do débito realizada (fls. 251/252), a empresa autuada manifestou-se (fls. 255/270) levantando, novamente, a argüição de nulidade do lançamento, vez que este não guardava conformidade com os elementos de sua escrita fiscal, resultando em presunção legal que não passava de arbitrariedade.

Seguindo a mesma linha de raciocínio anteriormente exposta, afirmou que apesar das correções realizadas, ainda persistiam outras que somente poderiam ser sanadas através de diligência *in loco* para a realização de trabalho em conjunto para que erros não persistissem, a exemplo da afirmativa dos prepostos fiscais de que as Notas Fiscais nº 2177, 2934, 3092, 3765 e 8005 não estavam canceladas.

Em seguida, passou a discriminar os erros encontrados em relação aos sacos de cimento de 50 kg, de 25 kg e das notas fiscais do exercício de 1998.

Abordou, em seguida, a questão do direito e da multa aplicada nos mesmos termos da anterior impugnação.

Os autuantes chamados para tomar conhecimento da manifestação do autuado acataram os questionamentos por aquele levantados e refizeram o levantamento fiscal dos dois exercícios auditados (fl. 317).

A empresa recolheu o valor do imposto apresentado pelos autuantes quando de sua última informação, ou seja R\$5.311,54, mais correção monetária no valor de R\$529,54, com o benefício dado pela Lei nº 8.887/03, ou seja, sem acréscimos moratórios e multa pela lavratura do Auto de

Infração (fls. 434).

VOTO

Tendo em vista o argumento defensivo de que a presunção de omissões de saídas se constitui em arbitrariedade, ressalto que o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que alterou o Código Tributário do Estado da Bahia, determina, que o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Em segundo lugar, os levantamentos fiscais realizados apontam o fato gerador do imposto, a matéria tributável, a sua quantificação, dita devida, a base de cálculo, a alíquota aplicável e o período fiscal quando ocorreram as omissões, uma vez que omissão de entrada e saída de mercadorias configura-se, sim, em hipóteses de incidência do ICMS. O argumento de que a apuração do ICMS, para efeito de cumprimento da obrigação tributária, compreende período mensal, ressalto que o levantamento assim foi realizado, vez que foram levantadas todas as notas fiscais (aquisições e vendas) do ano. Como o autuado não indicou quando houve a falta de emissão de notas fiscais, determina a legislação tributária que a data de ocorrência da irregularidade seja levada para o último dia do exercício, inclusive beneficiando o contribuinte em termos de acréscimos moratórios.

Isso posto e visando o correto julgamento do mérito da lide, diante de diversas alegações da defesa, os autuantes, por duas vezes, refizeram todo o trabalho fiscal. Ao final, a empresa concordou com os valores apresentados, recolhendo o imposto apurado com o benefício concedido pela Lei nº 8.887/03, que dispensou, por determinado tempo, os acréscimos moratórios e multa pela lavratura do Auto de Infração.

Nesta situação não há mais lide a ser discutida e voto pela procedência parcial da autuação para cobrança do ICMS no valor de R\$5.311,54, com homologação dos valores recolhidos.

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 108580.0006/01-6, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.311,54**, acrescido da multa 70% sobre o valor de R\$4.944,49, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e 60% sobre o valor de R\$367,05, prevista no art. 42, II, “e” do mesmo diploma Legal, e dos acréscimos moratórios correspondentes Homologase os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 3 de março de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

