

A. I. N.^º - 206936.0002/07-0
AUTUADO - BOLLAND DO BRASIL S.A.
AUTUANTE - FRANCISCO BENJAMIN DE SOUZA MUNIZ
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 20/05/2008

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0142-03/08

EMENTA: ICMS: 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto calculado sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração subsistente 2. ENCERRAMENTO DE ATIVIDADES. ESTOQUE FINAL. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Previsão legal: considera-se saída do estabelecimento a mercadoria constante no estoque final na data do encerramento de suas atividades, a menos que se trate de sucessão. Preliminar de nulidade rejeitada. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2006, reclama ICMS no valor total de R\$43.547,25, com aplicação das multas de 60% e 70%, assim discriminados:

Infração 01- Falta de recolhimento do ICMS 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, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. Total do débito: R\$30.968,04, com aplicação da multa de 70%.

Infração 02- Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, estando devidamente escriturado o livro Registro de Inventário. Total do débito: R\$12.579,21: com aplicação da multa de 60%.

O autuado apresenta impugnação, tempestivamente, através de advogado legalmente habilitado (fls. 48/64), discorrendo inicialmente sobre as infrações imputadas. Diz que o Auto de Infração foi lavrado sem qualquer amparo legal. Aduz que a finalidade do processo administrativo fiscal é a apuração de prática de infração que só poderá ser apurada quando amparado na verdade material real e não presumida conforme ensinamentos de Xavier, citado por Cassone & Cassone, que reproduz, assim como o artigo 2º do RPAF-BA. Salienta que a inexistência de uma descrição perfeita dos fatos ocasionadores do ilícito tributário, vinculados a uma planilha capaz de

demonstrar as apurações e acréscimos realizados, constitui cerceamento de defesa. Cita o artigo 5º, LV da CF/88, como também diversos julgados do CONSEF às folhas 52/53, para fortalecer suas alegações defensivas. Entende que existe nulidade flagrante pois o Auto de Infração, ora combatido, encontra-se desprovido de demonstrativo que comprove a apuração do crédito tributário que agride a segurança jurídica. Sustenta que o autuante ignorou a transferência do estoque da filial para sua matriz, o que gerou as omissões, e que no ano de 2003, em que a filial permaneceu ativa o ICMS foi devidamente recolhido. Acrescenta que no exercício de 2004, a filial foi desativada e o estoque final transferido para a matriz e que os produtos objeto do levantamento fiscal são importados, permanecendo após o desembaraço, armazenados na Intermarítima Terminal Alfandegado até a sua comercialização. Diz que apenas não cumpriu obrigação acessória de emitir a nota fiscal de transferência do estoque, sendo que a mercadoria não sofreu sequer deslocamento físico, permanecendo no armazém até a alienação pela matriz. Cita e reproduz o artigo 18 do RPAF-BA para pedir a nulidade do Auto de Infração por inexistência de segurança para se determinar a infração e o infrator. No mérito, cita o artigo 155, II, da CF/88, reproduz lições do Professor Roque Carraza, José Eduardo Soares de Melo, e Geraldo Ataliba. Aduz que não houve efetivamente a saída de mercadorias da filial do impugnante, mas tão somente a transferência para a matriz que as comercializou. Acrescenta que a filial comercializou os produtos até abril de 2007, sendo o estoque a partir desta data vendido pela matriz. Quanto à incidência do ICMS nas operações em transferências de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular, o STJ tem decidido pela impossibilidade da tributação, com base na Súmula 166, que reproduz. Cita e transcreve Agravo de Instrumento nº 131.941-1 do STF e Resp 173.748 do STJ. Entende que a exigência fiscal em comento, fere o princípio da capacidade contributiva, e transcreve ensinamentos do Professor Roque Carraza e Sacha Calmon Navarro Coelho. Salienta que o enriquecimento ilícito é incompatível com o princípio da moralidade administrativa, transcrevendo o artigo 37 da CF/88, e ensinamentos do Professor Ives Gandra Martins. Discorda das multas imputadas, reproduzindo o artigo 42, II e III da Lei 7.014/96, dizendo que se referem a falta de recolhimento do imposto que não ocorreu. Pede o cancelamento das referidas multas com base no artigo 42, § 7º da mencionada Lei. Requer a realização de revisão fiscal, a produção de prova pericial, e/ou a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante, por sua vez, na sua informação fiscal (fls. 483/5), reproduz as infrações imputadas, e alegações defensivas. Quanto à infração 01, diz que o levantamento fiscal encontra-se perfeitamente localizado nas folhas 07 a 29 deste PAF, no qual consta as notas fiscais de entrada e saída numeradas, seus preços médios e alíquotas aplicadas, além do estoque inicial e final nas folhas 35/42. Com relação à infração 02, discorda do autuado, eis que não existe emissão de nota fiscal concretizando a transferência e nem o lançamento do débito fiscal correspondente. Reproduz o artigo 2º, I do RICMS-BA para confirmar a incidência do imposto nas transferências de mercadorias para estabelecimento do mesmo titular. Acrescenta que o imposto reclamado na infração 02, o cálculo apresentado na folha 30, incide sobre o inventário escriturado em 2004 (fl. 41), com data de ocorrência no pedido de baixa 13/05/2005, nos termos do artigo 63, parágrafo único do RICMS-BA, que reproduz. Finaliza, mantendo integralmente a acusação fiscal.

Esta 3ª JJF, decidiu converter o presente processo em diligência à Infaz de origem, para que o autuante adotasse as seguintes providências (fl. 488):

“Acoste aos autos as cópias do livro Registro de Inventário relativos aos exercícios de 2004/2005, como também cópia do livro Registro de Apuração do ICMS, com os créditos fiscais considerados no demonstrativo à folha 30.

Após as providências adotadas, a Infaz Atacado, deverá intimar o autuado para tomar conhecimento do teor da diligência requerida, com a entrega de cópia dos referidos documentos fiscais, concedendo o prazo de 10 dias, para que, querendo se manifeste”.

O autuante às folhas 490/1, diz que a cópia do livro Registro de Inventário referente ao exercício de 2004, encontra-se nas folhas 40/42, e o contribuinte apresenta a mesma cópia na folha 299. Salienta que a cópia do livro Registro de Inventário relativo ao exercício de 2005, não foi acostado aos autos, em razão de o contribuinte não tê-lo entregue, e nem mesmo declarou a sua existência na DMA. Afirma que diante das documentações apresentadas e das declarações das DMAs mensais de janeiro a maio de 2005, não indicarem as movimentações de mercadorias (entradas e saídas), restou comprovado que o estoque existente em 13/05/2005, ou seja, no dia do pedido de baixa, encontrava-se inalterado, idêntico ao exercício de 2004, permanecendo o valor de R\$75.767,07. Quanto ao crédito fiscal considerado no demonstrativo à folha 30 no valor de R\$301,19, ocorreu em maio de 2004, como a partir do mês seguinte (junho/2004), até o pedido de baixa em maio/2005, não existiu movimentação comercial, consequentemente o crédito fiscal permaneceu inalterado, e considerado no cálculo do imposto reclamado.

A DAT METRO intimou o contribuinte para tomar conhecimento da informação fiscal concedendo-lhe o prazo de 10 dias para manifestação (fl. 514/15). Decorrido o prazo concedido, o autuado permaneceu silente.

VOTO

O presente Auto de Infração reclama ICMS relativo a duas infrações por descumprimento de obrigação tributária principal já descritas neste relatório.

Inicialmente, rejeito as preliminares de nulidade pretendida pelo autuado, pois estão presentes todos os pressupostos de validação do processo. O Auto de Infração foi lavrado com a observância das exigências regulamentares, notadamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF, não se encontrando as hipóteses de nulidade elencadas no seu artigo 18.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa, não acato, eis que verifico que as infrações foram descritas de forma compreensível pelo autuante, assim como os dispositivos legais infringidos, e o autuado comprehendeu perfeitamente o seu teor, impugnando tempestivamente o mérito da acusação deste Auto de Infração.

Com relação à ofensa ao princípio da segurança jurídica argüido pelo defendant, também não acolho, uma vez que os demonstrativos acostados aos autos pelo autuante às folhas 07/30, indicam de forma inteligível as irregularidades apuradas no curso da ação fiscal, e as cópias dos aludidos levantamentos fiscais foram devidamente entregues ao impugnante.

Indefiro, igualmente, os pedidos de diligência por fiscal estranho ao feito para revisão fiscal, como também de perícia suscitados pelo autuado, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para formar meu convencimento, e a matéria argüida prescinde de conhecimento especial de técnicos nos termos do artigo 147, I e II, alínea “a”, do RPAF-BA.

No mérito, a infração 01 refere-se à falta de recolhimento do ICMS 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, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, e a infração 02, pela falta de recolhimento do ICMS, relativo à mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, estando devidamente escrutinado o livro Registro de Inventário.

Nesta infração, verifico que o autuante acostou ao processo nas folhas 14/16, demonstrativo dos cálculos das omissões apuradas relativas ao exercício de 2003, realizada com base nas informações e documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, como também às folhas 26/28, acostou os demonstrativos referentes ao exercício de 2004. Nos aludidos demonstrativos, com

base em levantamento quantitativo por espécie de mercadorias o autuante constatou os valores de R\$126.236,95 (Exercício de 2003) e R\$55.928,00 (Exercício de 2004) como omissão de entradas e R\$24.558,30 (Exercício de 2003) e R\$9.507,76 (Exercício de 2004), relativos à omissão de saídas, e nos termos do artigo 13, II, da Portaria nº 445/98, exigiu o imposto com base no maior valor monetário.

Com efeito, trata-se de exigência fiscal por presunção legal prevista no artigo 2º, § 3º, do RICMS-BA, e neste caso, deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de registro de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto. A presunção legal exigida no presente item do Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício, pois, havendo presunção legal, inverte-se o ônus da prova, sendo que os documentos acostados ao presente processo pelo autuado são insuficientes para elidir a infração relativa à infração 01. Entendo que a infração está devidamente caracterizada. Mantida a exigência fiscal para este item da autuação.

Quanto à infração 02, o RICMS no seu artigo 125, VI, determina que o ICMS deve ser recolhido por antecipação no ato da apresentação do requerimento de baixa de inscrição, relativamente ao imposto devido sobre o estoque final. Constatou que o autuado assim não procedeu, eis que conforme se observa às folhas 40/42 e 299 dos autos não houve o recolhimento do imposto relativo às mercadorias constantes do seu estoque final do exercício de 2004 no valor R\$75.767,07. Com relação à alegação defensiva de que não houve circulação física nem jurídica da mercadoria por se tratar de transferência para sua matriz de mercadorias que se encontravam depositadas na Intermarítima Terminal Alfandegado, não acato, eis que não há prova nos autos de que houve a efetiva emissão da nota fiscal de transferência da filial desativada para a matriz do sujeito passivo, e não está sendo tributada nesta infração a transferência das mercadorias. Observo, também, a inexistência de emissão de nota fiscal de entrada pela matriz, regularizando a operação. Constatou que não há comprovação de que as mercadorias foram efetivamente transferidas ou mesmo comercializadas, como também o estoque final oferecido à tributação, por isso, mantenho a exigência fiscal relativa a este item.

Quanto ao cancelamento da multa suscitada pelo autuado, nos termos do artigo 159 do RPAF, esta JJF não tem competência para apreciar tal solicitação, cabendo à Câmara Superior examinar o pedido atendido os requisitos prelecionados no citado diploma regulamentar.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206936.0002/07-0, lavrado contra **BOLLAND DO BRASIL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$43.547,25**, acrescido das multas de 60% sobre R\$12.579,21, e de 70% sobre R\$30.968,04, previstas no artigo 42, incisos II, alínea “f”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2007.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA