

A. I. N° - 140779.0001/07-0
AUTUADO - G BARBOSA COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - PETRÔNIO ALBERTO DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 10.06.2008

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJJ N° 0164-04/08

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Restaram comprovados equívocos no levantamento fiscal, os quais foram corrigidos mediante diligências fiscais, o que resultou em redução do débito. Infrações subsistentes em parte. Rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 28/05/2007, exige ICMS no valor de R\$1.111.603,03 acrescido da multa de 70%, em decorrência das seguintes infrações:

01. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrentes 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. Consta, na descrição dos fatos, que foi feita auditoria de estoque, realizada em programa específico de fiscalização, a partir dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, via validador SINTEGRA, confrontados e testados por amostragem com notas fiscais de entradas e saídas do período considerado, conforme Anexo I, II e IV CD-R contendo todos os arquivos com os respectivos demonstrativos e o recibo eletrônico autenticado dos arquivos fornecidos (2004) - R\$496.282,73.

02. 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. Consta, na descrição dos fatos, que a auditoria de estoque foi realizada em programa específico de fiscalização, a partir dos arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte à SEFAZ, via validador SINTEGRA, e testados por amostragem com notas fiscais de entradas e

saídas do período considerado, conforme Anexo I e II e Anexo IV CD-R, que foi fornecido ao autuado mediante recibo eletrônico autenticado dos arquivos fornecidos – (2005) R\$615.320,30.

O autuado, através de seu representante legalmente constituído, às folhas 990 a 1058, apresenta impugnação, inicialmente comenta as infrações, reconhece a competência técnica do autuante, mais promete provar a im procedência da ação fiscal. Esclarece que atua no segmento atacadista e varejista no mercado nacional, especialmente no Estado da Bahia, e é reconhecido por seus rigorosos compromissos sociais, éticos e ambientais, que refletem, de modo peculiar, na lisura do seu comportamento perante o Fisco, tendo como premissa de não sonegar, em hipótese alguma, qualquer valor devido ao Erário público, representado por qualquer das esferas administrativas, o que pode ser constatado na sua escrituração contábil e fiscal, bem como nos tempestivos pagamentos dos tributos devidos mensalmente.

Diz que faltas, contudo, ocorrem, e não há como imputá-las exclusivamente aos agentes fiscais e que antes da elaboração da impugnação ao lançamento, procedeu ao exame minucioso da autuação tendo constatado im procedência das imputações elencadas no Auto de Infração em tela.

Ressalta sua boa-fé, afirma que as acusações estão em desacordo com a realidade fática e a norma tributária sobre a matéria. Requer que se proceda uma investigação dos fatos para confirmar equívocos cometidos pela fiscalização, uma vez que não analisou os seus livros fiscais, afrontando os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, o que conduz a nulidade do Auto de Infração por incidir em vício insanável, ou julgado im procedente.

Assegura que, examinando-se o Auto de Infração, nota-se que as infrações noticiadas carregam fatos objetivos, estando sujeitas, portanto à elisão mediante a apresentação de provas em sentido contrário, para comprovar a correção do seu procedimento, com base nos itens (produtos) que constam dos documentos (notas fiscais, planilhas e levantamentos) anexados à presente defesa, referentes às suas alegações.

Com relação à infração 01, correspondente a suposta omissão de saída, diz que a fiscalização, avaliando as entradas e saídas de mercadorias do estoque da impugnante, apurou, através de levantamento quantitativo, uma suposta divergência de números, que foi tratada como omissão de saídas, ou seja, operações de saída de mercadorias “sem a emissão de documentos fiscais”, mas que isso não ocorreu e sim deriva de falhas na elaboração do levantamento quantitativo de estoques da fiscalização que ampara o Auto de Infração.

Ressalta que o levantamento fiscal deve ser re-analisado, tendo em vista que procedeu uma análise própria dos dados, constatando distorções com quantidades incorretas de entradas, saídas e transcrição de estoques errados, e que com base nos dados corretos, doravante explicitados, constatar-se-á que não houve omissão de saídas de mercadorias do estabelecimento.

Diz que com a revisão dos demonstrativos da fiscalização, observou os seguintes equívocos:

- a) foi indicado como estoque quantidades erradas, por não ter sido observado que a informação do inventário está em unidades enquanto que os produtos foram adquiridos pela impugnante em caixas, fardos, de acordo com as embalagens etc, conforme planilha juntada aos autos demonstrando as conversões de unidades da embalagem original (fls. 1003 a 1013), culminando em redução dos valores das omissões (fl. 1001), que resultou em base de cálculo de omissão de entrada de R\$98.095,80 e omissão de saída de R\$57.663,59.
- b) que o preço considerado pela fiscalização é muito superior ao preço do inventário, conforme comprovam o livro e respectivas notas fiscais de entradas e saídas anexados à presente defesa;
- c) após a conversão de unidades para embalagens (caixas ou fardos), também identificou inversões nas omissões envolvendo produtos similares que ajustadas sinalizam para a existência de omissões reais, tendo levado em consideração a existência de mercadorias que guardam similaridade com outras, o que resulta na redução ou anulação nas quantidades omitidas, conforme exemplificou por produto às fls. 1014 a 1022 e quadro resumo à folha 1023.

Diz que a improcedência desta infração está lastreada em provas documentais, em especial as anexas cópias do livro Registro de Inventário e das notas fiscais de entrada e saídas dos respectivos produtos, requer uma revisão fiscal que comprovará total e absoluta improcedência da mesma, em decorrência das inconsistências apontadas no demonstrativo da fiscalização.

No que tange à infração 02, alega total improcedência da mesma, por meio de provas documentais. Afirma que da mesma forma que ocorreu com a primeira infração, no levantamento procedido pela fiscalização não foi observado que as mercadorias foram inventariadas em unidades, fazendo-se necessário a revisão dos produtos para transformações das embalagens, conforme planilha própria que elaborou, convertendo de unidade para a embalagem original dos produtos, o que reduziu a omissão de entrada com base de cálculo de R\$275.532,29 e omissão de saída de R\$148.197,72, consoante resumo à folha 1025, respaldado no Doc. 6 (fls. 479 a 471).

Ressalta também, que a não observância da fiscalização é relativa a todos os itens (produtos) que constam dos documentos anexados à presente defesa.

Para comprovar sua alegação, apresenta demonstrativos por produtos às fls. 1026 a 1037, para tentar provar as divergências existentes entre as saídas reais com nota fiscal e as saídas segundo o levantamento quantitativo de estoques apurado pela fiscalização.

Da mesma forma que ocorreu na primeira infração, afirma que na infração 02, a fiscalização cometeu um segundo equívoco, além do erro de conversão de unidades para embalagem (caixas ou fardos), também foram identificadas inversões nas omissões envolvendo produtos similares que ajustadas sinalizam para a existência de omissões reais, conforme demonstrativos apresentados por produtos às folhas 1038 a 1046, com respaldo no Doc. 8 (fls. 1756/1757).

Em conclusão, a impugnante requer a realização da revisão ou diligência fiscal com correção dos demonstrativos de Auditoria de Estoques com conversão das embalagens, o que culminará na improcedência da infração 02.

Suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que viola os princípios da segurança jurídica e o da ampla defesa, que constitui um dos mais importantes mecanismos de proteção dos direitos e garantias individuais, e que ela só será plenamente exercitável e respeitada se forem resguardados aos contribuintes a possibilidade de refutarem os fatos e as infrações imputados contra si, conforme disposto no art. 5º da Constituição Federal de 1988, garantido o primado da segurança jurídica. Alega que quando o agente estatal descumpre os primados de proteção, ao não informar claramente os métodos empregados na conformação do lançamento tributário, o respectivo ato administrativo deve ser extirpado do sistema, uma vez que representa notório desrespeito aos anseios e prescrições da Carta Magna, cerceando, conseqüentemente, seu direito à ampla defesa. Assegura que a auditoria realizada na presente ação fiscal é insegura, porque não reflete a realidade dos fatos e questiona como sobreviver uma autuação que não contém a descrição clara e precisa dos fatos.

Transcreve o art. 18, IV "a" do Decreto nº 7.629/99 (fl. 1050) e diz que por tais razões a fiscalização não poderia ter lançado uma suposta omissão de tributo a recolher sem a verificação correta das unidades do levantamento quantitativo de estoque, uma vez que sem tal cuidado a impugnante fica impedida de verificar a correção dos dados, nem mesmo sendo possível visualizar o valor seguro da eventual omissão, motivo pelo qual requer a declaração de nulidade absoluta do Auto de Infração e, caso não se entenda ser hipótese de nulidade, uma ampla revisão fiscal, para que se verifique com precisão a exatidão das unidades e produtos constantes do levantamento quantitativo de estoque, apurando-se, com segurança, o valor eventualmente devido, procedimento que já o fez, através de seu departamento contábil e fiscal, identificando falhas existentes no procedimento fiscal.

Alega que este é o sentido do princípio da verdade material, ressaltando que a apuração interna da impugnante não se presta a ser uma contra-fiscalização, mas uma fonte de dados para se

promover uma ampla investigação (revisão) do lançamento fiscal e, que compete à fiscalização, ciente destes dados, promover a uma revisão específica do seu levantamento fiscal, com a averiguação dos documentos, em obediência aos primados da legalidade, da eficiência administrativa e da moralidade, sendo benéfica tanto para o Estado como para a impugnante.

Conclui dizendo que o CONSEF saberá fazer justiça, julgando improcedentes as infrações ora imputadas, reitera o pedido de revisão fiscal, e caso não seja acatado, solicita a realização de diligência fiscal pela ASTEC, consoante previsão legal dos art. 145 e 150, I do RPAF/BA.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 1759 e 1760) como considerações preliminares, relata que o autuado lastreia sua defesa, em ambas as infrações, na ocorrência de erros nos respectivos levantamentos, especificamente nas quantidades inventariadas.

Com relação à alegação de que as quantidades e valores das mercadorias objeto da Auditoria de Estoque estaria escriturado no Livro Registro de Inventário em unidade e valor diferente do escriturado nas entradas e saídas no período respectivo, reconhece que se isto realmente aconteceu, incorreu o contribuinte em mais uma infração à legislação do ICMS, em razão da falta de harmonização e padronização dos lançamentos fiscais, que pode ser caracterizada como um embaraço à ação fiscal. Diz que o autuado não tem o devido cuidado com a forma, pois seu LRI, conforme comprovado pelas cópias anexas, sequer tem o código da mercadoria para vinculação com a descrição do produto, fato evidenciado na aposição do código da mercadoria.

Diz que a filial do G. Barbosa objeto da presente fiscalização, funciona na prática como uma central de distribuição de produtos alimentícios refrigerados, operando exclusivamente no atacado para o abastecimento das outras filiais varejistas do grupo. Portanto, toda a sua movimentação, entradas, saídas e estoque de mercadorias são feitas em embalagens grandes, caixas, fardos, etc, como consta nas notas fiscais de entradas e saídas acostadas ao presente PAF.

Explica que os levantamentos de estoque realizados, face à grande quantidade de itens comercializados e suas diversas formas de apresentação, atualmente são feitos a partir de arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte via Sintegra, inclusive os dados dos estoques, contidos no Reg. 74, que no presente caso só foram enviados após intimação regular, conforme documento à fl. 9. Esclarece que após processar os dados no programa SAFA, fez o cotejamento por amostragem de notas fiscais de entradas e saídas, bem como do livro de Registro de Inventário, para certificar-se de que estivesse regularmente escriturado e merecesse fé.

Explica que à época da fiscalização, foi previamente fornecido ao contribuinte, via e-mail, todas as planilhas e demonstrativos para análise e considerações, sendo concedido um tempo razoável para o mesmo, não tendo questionado o trabalho nem os resultados obtidos.

Alega que o Auto de Infração foi lavrado dentro da legalidade, os levantamentos foram feitos com base em arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado e cotejados por amostragem com os documentos fiscais arrecadados junto ao contribuinte, não se detectando nenhuma divergência de informação entre estes.

Diz entender que as alegações apresentadas e os documentos acostados, não impugnam o presente PAF e afirma que o livro de Registro de Inventário não merece a credibilidade que lhe quer atribuir, sendo o mesmo utilizado como base para sustentação da defesa.

Pontua que o autuado contesta tudo, mas mesmo assim ainda encontra omissões que consideram verdadeiras, contrariando suas premissas iniciais.

Conclui que diante do exposto e da impossibilidade técnica de realizar novo levantamento para dirimir qualquer dúvida porventura existente, como sugere o autuado, em razão de já ter concluído o trabalho e devolvido todos os documentos fiscais que resultaram no PAF, e sendo a presente defesa apenas uma medida procrastinatória do desfecho indesejável ao contribuinte. Pede a total procedência do Auto de Infração, por ser de inteira justiça.

A 4ª JJF converteu o processo de diligência à Infaz de Origem para que o autuante confrontasse os documentos fiscais juntados com a defesa e os seus demonstrativos, fazendo as retificações de acordo com o que for comprovado.

O autuante prestou nova informação fiscal (fl. 1766), afirmando que procedeu a revisão do procedimento fiscal efetuando as conversões do estoque inicial e final para caixas, das mercadorias objeto do levantamento quantitativo de estoques, conforme notas fiscais e livro Registro de Inventário e demonstrativos refeitos (fls. 1768/1790 e 1829/1854), que resultou em valores devidos correspondentes nos exercícios: 2004: Base de Cálculo de R\$250.970,82 e ICMS de R\$42.665,07; 2005: Base de Cálculo de R\$864.697,78 e ICMS de R\$146.998,62.

Diz que corrigidas as distorções, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

A Inspetoria Fazendária intimou o autuado para tomar conhecimento da nova informação fiscal (fl. 1867), tendo o mesmo se manifestado às fls. 1869 a 1897.

Inicialmente afirma que provará que após as correções efetuadas pela fiscalização, permanece cobrança de valores indevidos e pede que seja realizada diligência fiscal pela ASTEC/CONSEF. Relacionou diversos pareceres daquele órgão que culminaram em resultados favoráveis nos julgamentos procedidos pelo CONSEF, afirmando que diligência realizada pela ASTEC constitui instrumento eficaz para buscar a verdade material.

Fez um resumo dos ajustes procedidos pela fiscalização e relacionou às fls. 1873 a 1894, inconsistências contidas no novo levantamento fiscal ajustado pelo autuante, indicando por produto, diferenças com relação ao estoque inicial e final; mercadoria similar, o que culminou em valores reconhecidos em parte, conforme demonstrativos às fls. 1880 (2004) e 1894 (2005).

Reiterou o pedido de diligência fiscal pela ASTEC e pela procedência parcial do Auto de Infração.

A 4ª JJF determinou a realização de nova diligência à Inspetoria Fazendária de origem para que o autuante confrontasse os documentos juntados com a manifestação do contribuinte e os demonstrativos elaborados pela fiscalização, e fizesse os ajustes que fossem devidamente comprovados.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 2033 e disse que procedeu às devidas correções, levando em consideração os documentos juntados ao processo. Entretanto, disse que não acatou as alegações relativas à inversão em produtos similares, por entender que carece de comprovação documental.

Afirma que após os ajustes procedidos, resultou em omissão de entrada de mercadorias totalizando:

- 1) Exercício de 2004 - Base de cálculo de R\$100.303,34 e ICMS de R\$17.051,60;
- 2) Exercício de 2005 - Base de cálculo de R\$303.512,77 e ICMS de R\$51.597,18.

Juntou às fls. 2034 a 2050 os demonstrativos sintéticos do levantamento quantitativo de estoques ajustados e à fl. 2056, cópia de um CD contendo o levantamento analítico do referido demonstrativo.

A Inspetoria Fazendária intimou o contribuinte para tomar conhecimento do resultado da diligência (fl. 2051), tendo o mesmo se manifestado às fls. 2053 a 2055, dizendo que o próprio autuante reconheceu os equívocos cometidos. Reconhece os valores apontados na última diligência como devidos, promete efetuar seu pagamento e requer que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente, de acordo com os valores reconhecidos como devidos.

VOTO

Inicialmente afastou as preliminares de nulidade da autuação, argüidas pelo autuado sob o argumento de que o levantamento fiscal estava eivado de erros o que conduziria a imprecisão da base de cálculo e que viola os princípios da segurança jurídica e da ampla defesa, tendo em vista que, em atendimento a seu pedido, foram realizadas diversas diligências, nas quais foram revisadas as quantidades apontadas na autuação, com base nas provas que foram apresentadas junto com a sua defesa e no momento que se manifestou acerca do resultado da primeira diligência. Por isso,

concluo que as inconsistências alegadas e provadas foram saneadas conforme dispõe o art. 18, § 1º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), com prevalência ao princípio da verdade material.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais.

Na defesa apresentada, o autuado apresentou diversos documentos para tentar provar a regularidade dos seus estoques frente ao levantamento procedido pela fiscalização, inclusive elaborou demonstrativos para evidenciar equívocos constantes nas planilhas elaboradas pelo autuante (conversões de unidades por embalagem original dos produtos); preço superior ao do inventário e produtos similares.

Na primeira informação fiscal, o autuante contestou as alegações defensivas. Convertido o processo em diligência, na segunda informação fiscal (fl. 1766), procedeu a revisão do levantamento quantitativo de estoques, conforme documentos juntados com a defesa e apresentou novo demonstrativo de débito no qual foi reduzido o débito da infração 1 para R\$42.665,07 e R\$146.998,62 para a infração 2.

O autuado contestou o resultado da diligência, argumentando que ainda permaneciam quantidades incorretas e indicou diferenças com relação ao estoque inicial e final; mercadoria similar, inclusive reconhecido parte dos valores exigidos. Esta JJF converteu novamente o processo em diligência e o autuante prestou a segunda informação fiscal (fl. 2033) na qual efetuou correções em relação às quantidades computadas incorretamente e contestou a alegação defensiva relativa à inversão em produtos similares, por entender que carecia de comprovação documental. O impugnante ao tomar conhecimento do resultado da segunda diligência acatou a mesma e não contestou os valores resultantes apontados como devidos.

Pelo exposto, concluo que conforme CD juntado à fl. 2056, contendo o levantamento analítico do levantamento quantitativo de estoques consolidados nos demonstrativos sintéticos acostados às fls. 2034 a 2050, foram ajustadas as inconsistências existentes com base nos documentos juntados ao processo pelo impugnante.

Observo ainda que tendo sido apurado inicialmente tanto omissão de entradas como de saídas de mercadorias em relação à infração 1, após a revisão fiscal prevaleceu a omissão de entrada e é cabível a exigência do ICMS a título de presunção de receitas relativas a operações não contabilizadas, de acordo com o disposto nos artigos 13 e 14 da Portaria 445/98.

Concluo que não havendo contestação em relação aos valores apontados como devidos na última diligência determinada pelo CONSEF, acato o demonstrativo de débito apontado pelo autuante à fl. 2033 e considero devido o valor de R\$17.051,60 na infração 1 e R\$51.597,18 na infração 2.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **140779.0001/07-0**, lavrado contra **G. BARBOSA COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$68.648,78**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR