

A. I. Nº. - 206969.0013/07-6
AUTUADO - M & K INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFACIL ILHÉUS
INTERNET - 18. 09. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0307-01/08

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração caracterizada. **b)** MERCADORIAS EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Constatando-se, em exercício aberto, diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal. Infração comprovada. Rejeitadas as argüições de nulidade e indeferido o pleito pela realização de revisão fiscal e pela concessão de prazo para apresentação de provas. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 17/12/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 62.267,58, acrescido da multa de 70%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento na escrita, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto, no período de 01/01/2007 a 23/08/2007, exigindo-se o imposto no valor de R\$ 55.906,37, conforme demonstrativos anexos I, I-A, I-B, I-C e I-D;

02 – deixou de recolher o ICMS pela constatação da existência de mercadorias em estoque, desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, em decorrência da falta de contabilização da entrada de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto, no período de 01/01/2007 a 23/08/2007, exigindo-se o imposto no valor de R\$ 6.361,21, conforme demonstrativos anexos I, I-A, I-B, I-C e I-D.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 388 a 400 (vol. III), salientando que o fisco não observou, quando da autuação, o maior valor monetário

decorrente de “omissões de saídas” e “omissões de saídas anteriores”, pois além da infração relativa ao maior valor monetário, incluiu a outra infração concernente ao valor monetário menor, deixando de observar o disposto no transrito art. 60, inciso II, § 1º do RICMS/97.

Ressalta que de acordo com o mencionado dispositivo, a fiscalização deve levar em conta apenas o maior valor monetário, presumindo que nesse montante estão compreendidas as omissões de valor menor. Alega ser este o entendimento das Câmaras de Julgamento do CONSEF, conforme ementa concernente à Resolução nº 0391/99, que transcreveu. Assim, pleiteia que seja excluído do Auto de Infração o valor correspondente à infração 02.

Versando sobre o levantamento quantitativo de estoque, trata a respeito dos seguintes itens:

a) inventário do exercício de 2006 – ressalta que esse inventário apresenta diversas discrepâncias, em decorrência de falhas em seu sistema interno, que geraram quantidades de peças de forma astronômica, sem que seus funcionários tivessem percebido os equívocos existentes no livro. Frisa que até fevereiro de 2007 o seu sistema de controle de estoque funcionava precariamente, devido à desorganização e à falta de comunicação entre o setor de produção e o operador do sistema.

Observa que em novembro de 2006 contratou um profissional qualificado, que controlava diariamente as entradas de partes e peças e as saídas de produtos acabados, sem que ocorressem erros. Este controle é realizado através de fichas de produção, que contêm as quantidades iniciais e finais dia a dia, até o final do mês e do ano.

Declara ter se surpreendido com as diferenças apontadas no Auto de Infração, pois sempre recebeu mercadorias com notas fiscais, considerando que decorrem de importações e emite notas fiscais relativas aos produtos vendidos. Afirma ter constatado que a maioria dos erros procedia de equívocos em seu inventário, decorrentes dos fatos acima indicados, somente sanados a partir de fevereiro de 2007, quando foi feito um balanço em sua sede.

Salienta que no final do exercício a quantidade de gabinetes dos tipos GAB 580, GAB 585P, GAB 585W, GAB 511P, GAB 511S, GAB 570, GAB 309KB e GAB 311KP, que não são montados pelo impugnante, porém revendidos, perfaziam 3.322 unidades, contra 4.711 apontadas pela autuante e retirados do inventário, conforme as fichas de controle da produção de dezembro de 2006, encerrado em 20/12/2006.

Afiança que a mesma situação ocorreu com as fontes e com as caixas de som, conforme relatórios de produção e controle de estoque anexados. No caso das fontes, a quantidade existente no final de 2006 seria de 9.529 unidades, entre os modelos 545, BP 500, LCB 500 e 527, contra 34.732 unidades verificadas no demonstrativo; já as caixas de som totalizariam 30.708 unidades, contra 42.180 apontadas pela autuante. O mesmo teria acontecido em relação aos seguintes itens: *cooler* (ventilador), teclados, painel frontal, chapas *kits* e *home theater*.

Conclui que se equivocou ao apresentar um inventário que não condizia com a realidade, somente tendo verificado o ocorrido ao tomar conhecimento do Auto de Infração.

Lembra que de acordo com os artigos 325 e 326 do RICMS/BA, os estabelecimentos industriais devem adotar um controle de produção e de estoque, inclusive no modelo simplificado, que é aquele utilizado pelo impugnante. Tal diretriz visa o controle da produção para fins de se verificar o resultado real do estoque da empresa. E é por este motivo que argumenta honestamente que o inventário utilizado pela autuante se encontra desconexo com a realidade do seu estabelecimento.

Assim, requer que sejam consideradas as quantidades constantes dos reais controles de estoque, feitos dia a dia pelo contribuinte.

b) *cooler* – a autuante se equivocou ao considerar que o ventilador integra o gabinete 701PL, pois esse modelo não é vendido acoplado com a referida peça. Argumenta que foram consideradas 2.178 unidades de *cooler* a mais do que foram efetivamente vendidas. Alega que o mesmo ocorreu com o gabinete de modelo 758PL, que também não contém ventilador/*cooler*, tendo sido lançadas 1.265 unidades a mais. Deste modo, requer que o Auto de Infração seja retificado.

c) gabinetes – frisa que sem prejuízo do quanto observado no item “a”, por mera cautela e com base no princípio da eventualidade, os gabinetes para revenda são aqueles importados, conforme relação anexa. Esclarece que os demais gabinetes são montados pelo impugnante, de modo que os modelos constantes da relação que não são importados sofrem processo de industrialização.

Afirma que a autuante se equivocou no estoque inicial, pois existem 1.249 unidades montadas pelo impugnante e 4.176 importadas, comprovando qual é o estoque inicial dos componentes dos gabinetes que sofrem processo de industrialização.

d) chapa – mesmo observando o item “a”, ressalta que o estoque inicial de chapa está incorreto, pois com base no inventário considerado pela autuante a quantidade correta é de 21.004 unidades.

e) painel frontal – também sem prejuízo do item “a”, diz que o estoque inicial de painel frontal está errado, tendo em vista que somente existiam 32.420 unidades. Explica que o termo “inativo” significa que a peça não se encontra no estoque e nem está disponível no inventário e que *top panel*, PR5, PR8 e PR9 são peças de reposição do painel e não o painel propriamente dito.

Tratando a respeito da necessidade de o fato imponível estar contido na norma tributária, cita o pensamento de Pontes de Miranda e transcreve os entendimentos de José Artur Lima Gonçalves e de Geraldo Ataliba a respeito da necessidade da busca da verdade material, frisando que esta é garantida pela ampla defesa.

Assevera que cabia à autuante verificar todos os fatos e suas características, os valores não lançados, a razão pela qual algumas notas fiscais foram canceladas e quais as substituíram. Afirma que sequer foi procurado para explicar determinados fatos, não buscando a verdade material, com o argumento de que não cabe à Fazenda provar que o contribuinte cometeu um ato ilícito. Entende que, assim, ocorreu afronta ao princípio da ampla defesa em seu sentido amplo, por não ter sido buscada a realidade dos fatos. Aduz que a nulidade do ato se torna mais evidente quando se constata que não ocorreu nenhuma contagem de estoque físico de sua fábrica, haja vista que o mesmo não foi realizado por nenhum integrante do fisco, tendo um fiscal visitado o estabelecimento apenas para solicitar o extrato do estoque, porém sem contar fisicamente o mesmo. Assim, considerando que a administração deixou de buscar a verdade dos fatos, requer a nulidade do Auto de Infração.

Acrescenta que outro fato importante diz respeito à falta de consideração, por parte da autuante, da argumentação de que o inventário de 2006 estava equivocado e nem avaliou os registros de controle de produção e estoque, que são os corretos, de acordo com o seu estoque físico. Assevera que a verdade dos fatos pode ser verificada, evitando-se a arbitrariedade sobre a ampla defesa e a verdade material.

Versando sobre a vedação ao confisco, transcreve o art. 150, inciso IV da Constituição Federal de 1988, assim como a definição feita por Aliomar Baleeiro sobre o que são os tributos confiscatórios e a explanação sobre o mesmo tema feita por Roque Antonio Carrazza. Afirma que o confisco se constitui em uma violação abrupta e arbitraria ao direito de propriedade de quaisquer tipos de bens.

Tratando a respeito da limitação para imposição de penalidades pecuniárias, fala sobre a ocorrência de arbitrariedade ou discricionariedade da administração, que institui multas exorbitantes, que se constituem em verdadeiro confisco. A respeito do tema, traz as palavras de

Ives Gandra da Silva Martins, Paulo José da Conta Junior, Zelmo Denari e Sacha Calmon Navarro Coelho. Enfatiza que também em relação às penalidades, deve ser respeitado o princípio da capacidade contributiva, sob pena de aniquilar o contribuinte.

Entende que, ao aplicar multas em percentuais superiores a 30%, o fisco infringe de forma flagrante o art. 150, inciso IV da CF/88. Afirma que o STF [Supremo Tribunal Federal] tem decidido nesse sentido, a exemplo dos acórdãos relativos aos processos de nº.s RE 82.510-SP, RE 81.550-MG e ADI 551-RJ.

Afirmando que a autoridade administrativa deve deixar de aplicar a lei que seja considerada como inconstitucional, transcreve resposta proferida por Antonio Manuel Gonçalez, na qual é enfatizado que tanto as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, como os administradores públicos devem deixar de aplicar a lei quando esta for considerada inconstitucional, sob pena de responsabilização por danos causados ao contribuinte.

Requer, ao final, que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, com base nos seguintes fundamentos:

- a) a nulidade da autuação, por não conter suporte fático suficiente relativo à norma individual e concreta, configurando-se em cerceamento de defesa, por não conter a prova da infração imputada, bem como dos elementos e valores relativos à base de cálculo utilizada, isto por não ter sido considerado o estoque real do final do exercício de 2006 e por não ter sido realizada a contagem de seu estoque físico;
- b) a nulidade do Auto de Infração, por não respeitar o princípio do não confisco;
- c) a exorbitância da penalidade pecuniária, que deve ser reduzida para 30%, caso não seja aceito o pedido anterior;
- d) que seja considerado somente o maior valor monetário para base de cálculo da infração, excluindo-se a infração 02, na forma do art. 87, inciso V do RICMS/97;
- e) a nulidade do lançamento, em decorrência das incorreções no quantitativo ou que seja realizada uma revisão por fiscais estranhos ao feito.

Solicita que sejam observados os documentos colacionados à defesa (fls. 402 a 871).

Protesta por todos os meios de prova permitidos pela legislação, requerendo que o CONSEF determine a realização de novo levantamento quantitativo de estoque, por fiscal estranho ao feito, com o acompanhamento de representante do impugnante, ante os equívocos cometidos pela autuante.

A autuante produziu informação fiscal às fls. 873 a 890, inicialmente apresentando um resumo da peça defensiva. Salienta que a autuação decorreu da aplicação dos roteiros de auditoria de estoque em exercício aberto, tendo como base os arquivos em meio magnético, validados pelo sistema SINTEGRA e enviados pelo contribuinte à SEFAZ, assim como a documentação apresentada pelo contribuinte e a legislação tributária pertinente. As multas aplicadas são aquelas previstas na legislação, enquanto que o valor histórico do débito apurado está devidamente demonstrado nos levantamentos anexados aos autos.

Salienta que apesar de não ter sido questionado pela defesa, verificou que na emissão do Auto de Infração informatizado, o sistema indicou dispositivos errados do enquadramento e da multa aplicada (art. 322, incisos e parágrafos do RICMS/BA e art. 41, inciso XI da Lei nº. 7.014/96), o que não foi observado durante a sua lavratura. Assevera que o erro na citação dos dispositivos da legislação correspondente não enseja a anulação do Auto de Infração nem da infração, pois a

descrição desta está clara e correta, permitindo ao autuado o perfeito entendimento da infração, possibilitando a ampla defesa e a multa aplicada também está correta.

Por esse motivo, solicita que os mencionados dispositivos da infração 01 sejam modificados para os seguintes:

enquadramento: artigos 124, inciso I; 201, inciso I; 218; 323 e 331, combinados com os artigos 1º, inciso I; 2º, inciso I; 50; 60, inciso II, alínea “a”; 936 e 938, § 3º todos do RICMS/97. Artigos 4º e 5º da Portaria nº. 445/98;

multa aplicada: art. 42, inciso III da Lei nº. 7.014/96.

Insurgindo-se contra o pleito defensivo referente à manutenção apenas da infração relativa ao maior valor monetário, argumenta que o contribuinte citou o dispositivo legal de forma equivocada, tendo em vista que a citação no Auto de Infração do inciso II do art. 60 do RICMS/97 está correta, sendo a alínea “a” correspondente à infração 01 e a alínea “b” à infração 02. Enfatiza que a resolução transcrita pelo autuado refere-se a levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, enquanto que na presente autuação o levantamento correspondeu a exercício aberto, sendo as duas situações distintas e, inclusive, tendo dispositivos legais específicos para cada caso.

Observa que a infração 01 decorreu de operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, em relação às mercadorias gabinetes-revenda, chapas, painel frontal, *cooler* (ventilador), fonte, caixa de som, MP 4, teclados, *home theater* e *hub*, resultando numa base de cálculo de R\$ 1.597.324,73, que à carga tributária de 3,5% (mercadorias importadas com deferimento do ICMS e redução da carga tributária na saída das mercadorias), gerou o imposto no valor de R\$ 55.906,37, conforme demonstrativo anexado à fl. 06.

Mantém a autuação, tendo em vista que a infração está corretamente apurada, demonstrada e enquadrada, solicitando a retificação dos dispositivos legais, conforme explicitado acima.

Em seguida, a autuante contesta as argüições defensivas concernentes ao levantamento quantitativo de estoque:

a) inventário do exercício de 2006 – argumenta que não pode prosperar o pleito do contribuinte no sentido de que sejam considerados os dados constantes em suas “fichas de produção” para efeito de estoque final de 2006 e não o seu inventário, sob a alegação de que este estaria fora da realidade. Isto porque lhe foi apresentado o livro Registro de Inventário relativo ao exercício de 2006, encriturado e assinado pelo responsável definido pelo contribuinte, conforme cópias reprográficas às fls. 225 a 229, de modo que as informações registradas nesse livro devem corresponder ao estoque real existente no estabelecimento em 31/12/2006, data do balanço.

Lembra que de acordo com a legislação, o mencionado livro destina-se a identificar as mercadorias, as matérias-primas, os produtos intermediários, os materiais de embalagem, os produtos manufaturados e os produtos em fabricação existentes no estabelecimento na data do balanço. Os materiais devem ser arrolados com base na tabela prevista na legislação do IPI, de acordo com a situação tributária das operações correspondentes; as mercadorias devem ser discriminadas de modo a permitir a sua perfeita identificação; a quantidade em estoque na data do balanço; a especificação da unidade; os valores unitário e total das mercadorias; a totalização por grupo e o total geral do estoque existente.

Salienta que tendo em vista que o contribuinte afirma que os dados registrados no livro Registro de Inventário não são os reais, isto significa que as informações relativas ao seu estoque prestadas na DMA [declaração e apuração mensal do ICMS] também não correspondem à verdade, como também a sua contabilidade, já que a informação deve ser a mesma. Acrescenta não ser admissível a aceitação de “fichas de produção” em substituição ao referido livro, já que se tratam

de cópias não autenticados de planilhas sem nenhuma identificação de empresa ou de pessoa, sem data de feitura, sem nome, assinatura ou identificação de quem as elaborou.

Observa que mesmo que fossem admitidas as fichas de produção, conclui que o contribuinte presta informações aos fiscos federal e estadual que não condizem com suas atividades, tendo em vista que o estoque apurado no final do exercício deve ser escriturado no Registro de Inventário, informado na DMA, ser contabilizado, etc. Se o livro estivesse incorreto, o contribuinte deveria ter providenciado a sua correção na forma regulamentar.

Argúi que a alegação defensiva de que teria se equivocado ao apresentar um inventário irreal, que não condizia com a realidade se constitui numa confissão de infração à legislação, não bastando para justificar as irregularidades apuradas pela fiscalização.

Quanto à citação aos artigos 325 e 326 do RICMS/BA, objetivando a aceitação das fichas sob a alegação de que conteriam os controles reais de produção e estoque, realça que os mencionados dispositivos regulamentares tratam da utilização e obrigatoriedade de escrituração do livro Registro de Controle da Produção e do Estoque pelos estabelecimentos industriais, conforme transcreveu.

Frisa que as planilhas anexadas pela defesa não se constituem em registro de controle da produção, tendo em vista que não contêm nenhuma identificação que as vinculem ao autuado ou a qualquer contribuinte, indicando em duas linhas as informações referentes a “mês” e “produto” (com um código sem nenhuma discriminação) e nas colunas os dados relativas a “dia”, “saldo”, “entradas”, “saídas” e “saldo”, sem data de preenchimento nem identificação do responsável. Assim, não podem representar o estoque do impugnante, por não conter nenhuma formalidade, identidade, correlação ou similaridade com as fichas previstas no § 2º do art. 326 do RICMS/97, para substituir o livro Registro de Controle da Produção e Estoque.

Por estas razões, a alegação de que o quantitativo de vários modelos de gabinetes que não são montados pelo contribuinte e sim revendidos totalizavam 3.322 unidades e não 4.711, não pode ser aceita, tendo em vista que as referidas “fichas de controle da produção” não podem ser acatadas como representativas do estoque do estabelecimento na forma legal. Deste modo, os estoques inicial e final de gabinetes escriturados no livro Registro de Inventário, se encontram demonstrados na planilha de fls. 180/181, onde foram classificados como produção do estabelecimento (Pr) e simples revenda (Rev.).

A mesma situação ocorreu com os itens “fontes”, “caixas de som”, “cooler”, “teclados”, “painel frontal”, “chapas”, “kits” e “home theater”, em relação aos quais foram considerados os dados escriturados no livro Registro de Inventário.

Pelos motivos expostos, conclui que a argumentação do contribuinte de que teria apresentado um inventário irreal não pode ser acatada e, assim, não podem ser modificados os resultados concernentes à auditoria de estoque referentes ao período de 01/01/2007 a 23/08/2007.

b) *cooler* – observa que ao intimar o contribuinte a esclarecer quais os produtos fabricados/montados pelo estabelecimento e seus componentes básicos, não fora informada sobre a exceção de que os gabinetes dos modelos 701PL e 758PL não teriam em sua composição o cooler, conforme alegado na defesa. Entretanto, verificando a relação com os modelos, constatou a inexistência da peça em questão nos modelos citados.

Considerando que fora apurada uma saída de 431 gabinetes 701PL e 1.350 unidades do modelo 758PL, perfazendo 1.781 unidades desses gabinetes, deve ser reduzida essa mesma quantidade de saídas de *cooler*, representando um aumento na omissão de saídas de *cooler*, que era de 5.939 unidades no valor total de R\$ 13.600,31 (fl. 06), para 7.720 unidades no valor total de R\$ 17.678,80, conforme Anexos I e I-A.

Esclarece que refez apenas o levantamento das saídas de gabinete produzidos no estabelecimento classificando a planilha de acordo com os modelos, destacando os dos tipos 701PL e 758PL, verificando-se que não ocorreu alteração no total das saídas de gabinetes, conforme comprova a comparação do levantamento original (fls. 22 a 35) e a reimpressão. Solicita que seja feita a retificação do demonstrativo, conforme Anexo I.

c) gabinetes – não concorda com os números apontados pela defesa, tendo em vista que de acordo com o Registro de Inventário existiam 712 unidades dos modelos de produção do estabelecimento e 4.711 dos modelos adquiridos para revenda, conforme se observa na planilha anexa às fls. 180/181. Esclarece que a separação entre os modelos (produção própria e revenda) se baseou nas informações constantes nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte (CFOP, CST), nos arquivos do Sintegra [Sistema Integrado de Informações sobre Operações] entregues à Sefaz/BA, utilizados na realização da auditoria de estoques.

Afiança que os valores apurados estão corretos, podendo ser comprovados verificando-se o Registro de Inventário, a planilha discriminada feita pela autuante (levantamento das entradas e das saídas) e a identificação de produção própria ou revenda informada pelo contribuinte através do código fiscal de operação (CFOP), conforme fls. 227 a 229, 180/181, 08/09 e 15 a 58. Argui que não existe nenhuma retificação a ser feita em relação a este item.

d) chapa – quanto à alegação do autuado a respeito da quantidade que seria a correta, de 21.004 unidades, afiança ter considerado o estoque inicial de “chapa” (que se refere ao conjunto de chapas que são unidas para formar a estrutura física do gabinete) e o que o contribuinte descreveu no inventário como “*parts top/side*”, ou seja, partes topo e lados. Afirma que as chapas somam 21.004 unidades, sendo 130 unidades de “*parts top/side*”.

Assim, acata o pleito defensivo de que as partes “*parts top/side*” não são chapas para produção de gabinetes, retificando o levantamento, com a alteração do estoque inicial de “chapas” de 21.134 (fl. 06) para 21.004 unidades, implicando na redução da omissão de saídas de chapas de 4.099 para 3.969 unidades, no valor de R\$ 23.069,34, conforme demonstrado no Anexo I. Solicita a retificação do demonstrativo nestes termos.

e) painel frontal – no que se refere à argumentação do impugnante de que o estoque inicial seria de 32.420 painéis, tendo em vista que o termo “inativo” no Registro de Inventário se referia à falta da peça no estoque e que *top panel*, PR5, PR8 e PR9 seriam peças de reposição de painel e não o painel propriamente dito, esclarece que no mencionado livro (fls. 228/229) existiam mercadorias em estoque (painel frontal e/ou *front panel*, em inglês), mesmo com indicação de “inativo”. Deste modo, se a mercadoria existia no estoque inicial (31/12/2006) e não mais no estoque final (23/08/2007) e não foram emitidas notas fiscais de saída, ocorreu omissão de saída, por se tratar de material sólido, que não se consome ou evapora pela ação do tempo.

Indica que na apuração do estoque inicial além das mercadorias descritas como “painel frontal” e “*front panel*”, tinham sido considerados também os itens “PR8-front panel for case 511, 570 e 580K”, que totalizam 31 unidades. Assim, acata a informação de que estas últimas se referem a peças de reposição do painel frontal, excluindo-as da contagem na consideração do estoque inicial (fls. 06 e 228/229), resultando num total de 40.503 unidades de painel frontal, conforme demonstrado no Anexo I da informação fiscal, resultando nesta modificação para esse item.

No que concerne à argumentação defensiva de cerceamento da ampla defesa, salienta que o contribuinte foi contactado todas as vezes que se fizeram necessárias para esclarecer o processo produtivo, tanto através de intimação (fls. 211, 212, 223 e 224), como em outras oportunidades através de telefone, quando a verdade material foi buscada pela autuante, estando devidamente comprovada nos levantamentos anexados ao Auto de Infração, não havendo na impugnação nenhum argumento e/ou prova de divergência entre os fatos apurados e a sua descrição.

Quanto à alegação de que não fora realizada contagem física de estoque, afiança que os documentos acostados ao processo mostram o contrário. A declaração de estoque está devidamente preenchida e assinada pelo preposto fiscal Sr. Laudionor Sampaio, cadastro 13.271.351-7, assim como está assinada pela responsável legal do contribuinte, a gerente administrativa, Sra. Ana Paula Castro Oliveira (fls. 183 a 187), mesma pessoa que assinou o termo de ocorrência e a intimação para prestação de informações sobre a produção (fls. 211 a 214).

Registra que em nenhum momento o contribuinte mencionou a existência de registro de informações incorretas no livro Registro de Inventário, tendo a própria defesa entrado em contradição ao alegar, a princípio, que o inventário é irreal e que somente teria tomado ciência desse fato ao analisar o Auto de Infração, para ao final da defesa pedir a nulidade da autuação, argüindo que a autuante não teria considerado os registros de produção que seriam 100% corretos. Assim, entende que não há nenhuma base legal ou motivo que justifique a anulação do Auto de Infração ou de qualquer ato realizado durante a ação fiscal.

Em relação às argumentações sobre a vedação ao confisco e à limitação para imposição de penalidades pecuniárias, informa que as penalidades aplicadas estão rigorosamente de acordo com as normas regulamentares, conforme dispositivos constantes do Auto de Infração e solicitação de retificação dos dispositivos relativos à infração 01.

No que se refere ao pleito pela improcedência ou nulidade do Auto de Infração, salienta que a ação fiscal e a lavratura do Auto de Infração respeitaram todas as formalidades legais, atendendo à legislação pertinente. As infrações estão descritas de forma clara e comprovadas pelos levantamentos/demonstrativos anexados, cujas cópias foram entregues ao contribuinte. Sobre o pedido de nulidade por desrespeito ao princípio do não confisco, diz que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com a legislação pertinente. Quanto ao pedido de redução da multa, entende que também não pode prosperar, pois as penalidades aplicadas são aquelas previstas na legislação pertinente.

Argumenta que, de igual modo, não pode ser acatado o pedido de desconsideração da infração 02, tendo em vista que o pleito está baseado em dispositivos legais não aplicáveis ao fato, por se referirem a auditoria de estoques em exercício fechado, enquanto que o Auto de Infração corresponde a exercício aberto. O mencionado art. 87, inciso V do RICMS/BA se refere à redução de base de cálculo do ICMS nas saídas internas de produtos de informática, que foi aplicado pela autuante na apuração da base de cálculo da omissão de saídas, porém não se aplica ao pedido de supressão da infração 02.

Refuta o pedido de realização de revisão do lançamento com acompanhamento de representante do autuado, pois em relação às supostas incorreções não foi apontado qualquer argumento ou prova que justifique um novo procedimento a ser realizado por fiscais estranhos ao feito. Acrescenta que os levantamentos fiscais foram feitos de forma correta, a ação fiscal e a lavratura do Auto de Infração estão de acordo com as normas regulamentares, não tendo sido trazido nenhum argumento ou prova que justifique a realização de novo levantamento e as retificações justificadas foram procedidas na informação fiscal, estando comprovadas pelos documentos juntados aos autos.

Entende que não tem pertinência o pedido para que sejam consideradas as “fichas de produção” anexas à impugnação, por não corresponderem às fichas de produção previstas na legislação tributária e tendo em vista que não se pode saber a quem pertencem, já que não possuem identificação.

Em resumo, no que se refere à infração 01, solicita a retificação dos dispositivos de enquadramento e multa, assim como dos valores, na forma do demonstrativo Anexo I, alterando

o ICMS apurado de R\$ 55.906,37 para R\$ 55.982,80, considerando os itens objeto de modificação. Com isso, a base de cálculo passa para R\$ 329.310,59 e o débito para R\$ 55.982,80.

Quanto à infração 02, mantém totalmente.

Mantém integralmente a autuação, solicitando a retificação do valor do ICMS concernente à infração 01, mantendo inalterados os demais itens da autuação e sugerindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Cientificado a respeito da informação fiscal e de seus anexos, o sujeito passivo se manifestou às fls. 909/910, argüindo que o fato de demonstrar que ocorreu um erro em seu inventário nada tem de absurdo, como alegou a autuante. Reafirma que um erro no sistema utilizado à época gerou problemas no inventário. Apesar de ressalvar que a autuante não agiu fora dos limites de sua atribuição, entende que deveria acatar a tese da defesa, que demonstra com a ficha de produção que realmente ocorreu o erro, o que em caso de acolhimento possibilitará ao contribuinte a retificação do inventário, tanto para o fisco estadual como para o federal.

Assim, assevera que não se refere a uma confissão de infração tributária, porém uma solicitação de reconhecimento de que realmente o seu inventário não condiz com a realidade apurada nas fichas e controle de produção, cujos originais se encontram em seu estabelecimento, podendo ser apresentados a qualquer momento, o que possibilitará a realização da revisão fiscal por fiscal estranho ao feito, conforme já requerido na defesa.

Salienta que os erros do levantamento quantitativo devem ser considerados pelo revisor, tendo em vista que a autuante manteve quase que integralmente o apurado no Auto de Infração.

Lembra que a primeira alegação defensiva consistiu em que deveria ser excluído o menor valor monetário do levantamento, na quantia de R\$ 37.418,88, conforme dispositivo legal citado.

Alega, por fim, que a autuante demonstrou ter incorrido em erro na capitulação e formulação do Auto de Infração, procedendo à retificação e manteve a autuação, em evidente desacerto, o que deve ser revisto pelo órgão julgador. Reitera todos os termos da impugnação.

VOTO

A princípio, cumpre-me tratar sobre as preliminares de nulidade ou improcedência, suscitadas pelo autuado. No que se refere à alegação de que o lançamento não contém suporte fático suficiente relativo às normas aplicadas, o que se configuraria em cerceamento de defesa, por falta de prova das infrações imputadas e dos elementos e valores relativos às bases de cálculo utilizadas, ressalto que essa argüição está destituída de fundamento, haja vista que os demonstrativos correspondentes aos dois itens da autuação evidenciam de forma bastante clara de que infrações o contribuinte foi acusado. Observo que os papéis de trabalho elaborados pela fiscalização contêm os elementos suficientes para se determinar, com precisão, as infrações e o infrator, tendo em vista, ademais, que os demonstrativos foram elaborados com base nas informações repassadas através de arquivos magnéticos, dos documentos e dos livros fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve de forma clara as infrações. Assim, rejeito, igualmente, a alegação de que através da autuação não foi observada a verdade material dos fatos.

Noto que a autuante cometeu um equívoco ao indicar no Auto de Infração os dispositivos legais concernentes à infração 01 e à respectiva multa aplicada. No entanto, na fase de informação fiscal foi esclarecido o equívoco, assim como foram indicados com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aquele correspondente à multa aplicada, tendo sido dado conhecimento ao autuado, que, inclusive, se manifestou a respeito, sanando, desta forma, o engano cometido pela autuante.

Deste modo, restam afastados os pedidos de nulidade apresentados pelo contribuinte, considerando que o procedimento fiscal atende as determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, além do que o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração.

Quanto às argumentações da defesa de falta de comprovação da base de cálculo, acrescento que os demonstrativos trazem todos os dados concernentes aos valores utilizados em sua composição. Em relação à argumentação do contribuinte de que a preparação de sua defesa teria sido dificultada, em decorrência da falta de comunicação por parte da fiscalização quanto aos resultados do levantamento realizado, ressalto que de acordo com diversas intimações acostadas aos autos, a exemplo daquelas existentes às fls. 211 e 212, o sujeito passivo foi contatado em várias oportunidades, visando esclarecer assuntos relevantes durante a ação fiscal.

No que diz respeito à solicitação de declaração de constitucionalidade da exigência tributária, ressalto que essa atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99. Assim, deixo de apreciar os questionamentos do autuado, no entanto, entendendo que a ação fiscal se encontra revestida das formalidades legais que envolvem as disposições e normas infraconstitucionais deste Estado.

Quanto à argumentação de que as multas são exorbitantes, constituindo-se em verdadeiro confisco e de que contrariam o princípio da capacidade contributiva, esclareço que as mesmas foram corretamente aplicadas ao presente caso, estando previstas na Lei nº. 7.014/96. Além disso, considerando que a exigência fiscal constante dos itens do presente lançamento está fundamentada em expressa disposição legal, não vislumbro qualquer violação aos princípios constitucionais mencionados, não existindo tampouco o enriquecimento ilícito por parte do erário estadual. Descarto, igualmente, o pleito concernente à redução das multas, pois as mesmas foram aplicadas em conformidade com a previsão expressa na mencionada Lei.

Não acolho a solicitação para apresentação posterior de novas provas, considerando que os elementos necessários à comprovação das alegações abordadas pelo impugnante, porventura existentes, estariam em sua própria posse e, assim, já poderiam ter sido apresentados junto à sua peça de defesa ou até mesmo quando se pronunciou a respeito da informação fiscal. Ademais, além de deixar de juntar as provas concernentes à pretensa regularidade do seu controle de estoque, que afirmara dispor, vejo que as argumentações apresentadas na peça defensiva foram todas devidamente contestadas pela autuante, que acatou aquelas acompanhadas das provas correspondentes, bem como demonstrou de forma convincente que os demais pontos abordados pela defesa eram destituídos de fundamento.

Em razão desses mesmos fatos, indefiro, igualmente, o pedido de realização de revisão fiscal, considerando, além disso, que de acordo com o art. 147 do RPAF/99, os elementos de provas anexados aos autos são suficientes ao meu convencimento e decisão da lide.

No mérito, verifico que através do presente Auto de Infração foi atribuído ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, apuradas através do roteiro de auditoria de estoques em exercício aberto, quando foi constatada a omissão de saídas de mercadorias do estabelecimento, assim como a existência de mercadorias em estoque, que haviam sido adquiridas sem a comprovação da documentação fiscal de origem.

Observo que o sujeito passivo argumentou que a fiscalização deveria ter considerado apenas a infração que representou o maior valor monetário, presumindo que nesse montante estariam compreendidas as omissões de valor menor, razão pela qual pleiteou que fosse desconstituída a infração 02. Ressalto que o entendimento apresentado pelo contribuinte faria sentido e teria respaldo se as imposições tributárias tivessem decorrido da existência simultânea de omissão de

saídas e de presunção de omissões de saídas anteriores, o que realmente resultaria na manutenção tão somente da infração que representasse o maior valor monetário. Foi essa, inclusive, a situação que gerou o Acórdão transrito na peça defensiva. Assim, caso tivesse ocorrido também uma eventual omissão de entradas, aí sim somente caberia a manutenção da exigência relativa à ocorrência concernente ao maior valor monetário.

Por esta razão, faço questão de frisar que o levantamento quantitativo, no presente caso, foi feito em exercício aberto, o que significa dizer que o exercício financeiro do contribuinte se encontrava em curso, caso em que as mercadorias concernentes à exigência contida na infração 02, ainda se encontravam fisicamente em seu estabelecimento. Saliento que no presente caso, a tese defensiva não tem nenhum amparo legal, haja vista que, conforme dito acima, a primeira infração decorreu da verificação da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de notas fiscais, constituindo-se este fato uma comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo às operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão das notas fiscais correspondentes e, portanto, sem o lançamento dos valores em sua escrita. Este entendimento está respaldado no art. 60, inciso II, alínea “a” do RICMS/97.

Enquanto isso, a segunda imputação decorreu de um evento totalmente diverso, que se referiu à comprovação da existência em estoque de mercadorias, igualmente tributáveis, desacobertadas da documentação fiscal comprobatória de sua origem, o que conduziu a autuante a exigir o imposto do contribuinte, por solidariedade, tendo em vista que detinha as referidas mercadorias sem atestar a documentação fiscal referente à sua origem. Esta exigência está em perfeita consonância com o disposto no art. 39, inciso V do RICMS/97.

Verifico que a principal linha defensiva se sustentou na alegação de que as diferenças verificadas no levantamento quantitativo de estoques teriam decorrido do fato de que seu livro Registro de Inventário conteria dados incorretos e em relação aos quais somente teria tomado conhecimento após ser cientificado a respeito da autuação. Entretanto, pelos motivos a seguir delineados considero tais argumentações sem nenhuma sustentação: as cópias reprodutivas dos documentos denominados “fichas de produção”, acostadas às fls. 433 a 871 não têm nenhuma utilidade como peça probatória, tendo em vista que são preenchidas de forma manuscrita, sem identificação do responsável pela sua elaboração ou da empresa à qual se refere, não têm nenhuma autenticação e nem data de emissão; além disso, há que se considerar que o estoque inicial existente no estabelecimento deve ser aquele efetivamente registrado no livro Registro de Inventário, cujos dados tenham sido inseridos antes da realização da ação fiscal, informações essas que devem corresponder ao estoque real existente no estabelecimento na data do balanço.

Em suma, as argüições do impugnante que tiveram como parâmetro as alegações de inconsistências no livro Registro de Inventário não têm porque serem consideradas. No que se refere à discussão do contribuinte relativa à existência de inconsistências nos dados concernentes ao levantamento procedido pela fiscalização, vejo que a autuante apresentou os esclarecimentos correspondentes, todos eles respaldados nos demonstrativos e documentos fiscais acostados aos autos, quando procedeu às modificações pertinentes, nas situações que se encontravam amparadas por provas materiais, com as quais concordo plenamente, ou mantendo inalterados os demais resultados, conforme segue:

cooler – noto que a autuante tendo constatado que na composição dos modelos de gabinete 701PL e 758PL não existia a peça denominada “*cooler*”, refaz o levantamento correspondente. Tendo em vista que fora apurada uma saída de 1.781 unidades desses gabinetes, reduziu essa mesma quantidade de saídas de *cooler*, representando um aumento na omissão de saídas dessa peça, que era de 5.939 unidades, passando para 7.720 unidades, representando um aumento na base de cálculo para esse item de R\$ 13.600,31 para o valor de R\$ 17.678,80. Por via de consequência,

ocorreu uma redução das saídas referentes a esse item para a composição na montagem de gabinetes, tudo conforme Anexo I (fl. 891).

gabinetes – em relação a este item não ocorreu nenhuma mudança, considerando, conforme já explicado, a não aceitação dos dados constantes nas fichas de produção acostadas à defesa. Assim, o levantamento se amparou no Registro de Inventário, conforme planilha às fls. 180/181, além das informações constantes nas notas fiscais emitidas pelo contribuinte e nos arquivos do Sintegra entregues à Sefaz/BA, que foram utilizados na realização da auditoria de estoques.

chapa – vejo que, de forma correta, foi acatado o pleito defensivo de que as partes “*parts top/side*” não são chapas para produção de gabinetes, que foram excluídas no total de 130 peças, o que resultou na alteração do estoque inicial de “chapas” de 21.134 (fl. 06) para 21.004 unidades, reduzindo a omissão de saídas de chapas de 4.099 para 3.969 unidades, enquanto que a base de cálculo foi reduzida de R\$ 58.246,79 para o valor de R\$ 56.399,49, conforme se verifica no Anexo I (fl. 891).

painel frontal – foi acatada a argumentação do impugnante de que na apuração do estoque inicial além das mercadorias descritas como “painel frontal” e “front panel”, tinham sido consideradas também os itens “PR8-front panel for case 511, 570 e 580K”, que totalizam 31 unidades. Deste modo, aceitando a informação de que estas últimas se referem a peças de reposição do painel frontal, foram excluídas da contagem relativa ao estoque inicial (fls. 06 e 228/229), passando para o total de 40.503 unidades de painel frontal, reduzindo a base de cálculo em relação a esse item de R\$ 23.116,77 para o montante de R\$ 23.069,34, conforme demonstrado no Anexo I (fl. 891).

Em síntese, considerando os ajustes realizados, observo que o estoque inicial foi corretamente lançado, pois está de acordo com os dados indicados no livro Registro de Inventário do contribuinte. Além disso, a defesa não trouxe nenhum documento comprobatório em relação às demais alegações, enquanto que os elementos que supostamente amparariam sua tese defensiva não lhe dão respaldo.

Considerando, entretanto, que em decorrência da revisão realizada na fase de informação fiscal, ocorreu um aumento no valor do ICMS exigido em relação à infração 01 e tendo em vista que a diferença correspondente não pode ser exigida através do presente Auto de Infração, recomendo à autoridade competente que determine a realização de ação fiscal para apurar os valores remanescentes porventura existentes, a salvo de falhas, visando exigir os referidos débitos, a teor do art. 156 do RPAF/99. Deste modo, esta infração fica mantida integralmente.

No mais, afasto a alegação defensiva de que não foi efetuada a contagem do estoque físico em seu estabelecimento, considerando que na Declaração de Estoque (fls. 183 a 188) constam as assinaturas de um Auditor Fiscal, além da representante do autuado onde se verifica a aposição do carimbo do contribuinte, o que atesta a realização do referido levantamento.

Ressalto que as duas exigências fiscais constantes dos referidos itens do lançamento estão devidamente fundamentadas em expressa disposição legal, estando embasadas no RICMS/97 e na Lei nº. 7.014/96, tendo sido elaborados os respectivos demonstrativos, constando dos autos a comprovação de que o contribuinte incorreu na prática das irregularidades que lhe foram atribuídas. Portanto, as infrações em referência ficam mantidas integralmente.

Ante todo o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº. 206969.0013/07-6, lavrado contra **M & K INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$62.267,58**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. Recomendada a instauração de procedimento fiscal complementar, para exigir a parcela do imposto reclamada a menos na infração 01, em conformidade com a disposição contida no art. 156 do RPAF/99.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de setembro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR