

A. I. Nº. - 110427.0027/07-0
AUTUADO - ANACAU COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE CACAU LTDA
AUTUANTES - NÉLIO MANOEL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 26. 06. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0175-01/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS 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. O contribuinte optante do Simples Nacional ao promover operação desacobertada de documentação fiscal infringiu o inciso VI do art. 386 do RICMS/97, que estabelece a não exclusão da incidência do ICMS devido, mesmo que haja recolhimento na forma do Simples Nacional. Refeito o cálculo do preço médio unitário o débito exigido foi reduzido. Infração parcialmente subsistente. Preliminar de nulidade rejeitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 17/12/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 50.166,86, acrescido da multa de 70%, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento da falta de recolhimento relativo às operações de saídas tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita apurado mediante levantamento quantitativamente de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto.

O autuado apresentou impugnação às fls. 18 a 27, depois de justificar a tempestividade de sua defesa, apresenta as argumentações a seguir sintetizadas;

1. Requer a nulidade do lançamento por cerceamento de seu direito de defesa e pela falta, nos autos, de elementos suficientes para determinação com segurança a infração e o infrator, além de vícios formais, transcrevendo os incisos II e IV, “a” do art. 18 do RPAF/BA e colacionando preleções dos juristas pátrios acerca dos princípios norteadores do processo administrativo fiscal para corroborar e fundamentar sua pretensão;
2. Para materializar sua preliminar de nulidade alinhou os seguintes aspectos constatados nos autos: a) ilegitimidade na data aposta na “Declaração de Estoque”, fl. 05; b) ilegitimidade passiva, por não ter sido caracterizada a fase do encerramento do diferimento nas operações interna de cacau em amêndoa, previsto no art. 489 do RICMS/97; c) falta de demonstração do critério utilizado para o cálculo do preço médio; d) aplicação indiscriminada da alíquota de 17% desconsiderando a sua condição de optante pelo Simples Nacional; intimação para apresentação subscrita por funcionário distinto do autuante; e) documentos e livros fiscais arrecadados sem termo de lavratura e somente foram devolvidos por ocasião da ciência; f) Auto de Infração lavrado em 17/12/2007, a “ciência” ocorreu em 03/01/2008, correspondendo a 97 dias após o início

da ação fiscal, não havendo no PAF qualquer Termo de Início de Fiscalização ou Autorização de Prorrogação da Ação Fiscal;

3. Como precedente jurisprudencial para a nulidade requerida citou os Acórdãos nº CJF 0782/96 da 2ª Câmara e o de nº 0360-11/02 da 1ª Câmara;
4. Quanto ao mérito, depois de reiterar todas as argumentações já aduzida em relação as preliminares de nulidade, acrescenta que se dos levantamentos procedidos pelo autuante, resultasse a comprovação de eventuais saídas sem a emissão de documentos fiscais, caberia quando muito, aplicação de penalidade formal, prevista no Art. 915, inciso XI ou, alternativamente, a penalidade prevista no Inciso XXII, do RICMS/97, por descumprimento de obrigações acessórias. Nunca, exigência imediata de imposto, porque a mercadoria em questão, não é tributada obrigatoriamente, nas sucessivas saídas internas, e não foi comprovada nenhuma hipótese de encerramento da fase de diferimento;
5. Diz que o preço médio unitário é de R\$119,95, consoante planilha que elabora utilizando os preços unitário do estoque inicial e de todas as movimentações do período, que resulta no total das omissões no valor de R\$148.019,68, a qual afirma ser correta e não a de R\$295.099,20, apurado pela fiscalização que resultou na exigência de R\$50.166,86.

Conclui requerendo preliminarmente o reconhecimento de nulidade, e se ultrapassada, a improcedência do auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 29 a 34, alinhado as seguintes ponderações:

Diz que o Auto de Infração atende a todas as exigências contidas no art. 15 do RPAF-BA, ficando afastada a hipótese de nulidade, por não se verificar qualquer das situações previstas no art. 18 do mesmo diploma legal.

Transcreve os artigos 393, 342 e 349 do RICMS/97 para afirmar, quanto a discordância do contribuinte para a aplicação da alíquota de 17%, na condição de optante do Simples Nacional estava impedido de ser beneficiário do diferimento do ICMS, acrescenta ainda que mesmo se tratando de omissão de saída de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária por Diferimento, tais omissões não seriam alcançadas pelo benefício, uma vez que não se sabe, para que, nem para onde essas mercadorias foram vendidas, pois simplesmente não se encontravam no seu estoque à época do levantamento fiscal, pois não foram emitidas documentações fiscais para acobertá-las, ficando automaticamente encerrada a fase de diferimento, com sujeição do ICMS pela alíquota interna.

Depois de rebater todas as demais alegações indicadas na defesa como suscetíveis de provocar a nulidade do Auto de Infração, em relação ao mérito esclareceu que a diferença apurada através de levantamento quantitativo de estoques onde a mercadoria com ICMS diferido desapareceu do estabelecimento, ou seja, foi dada entrada com a documentação devida e as saídas não se deram com a emissão do competente documentação fiscal, encerrando-se, assim, a fase de diferimento e sendo aplicada a alíquota interna de 17%.

Diz que também não procede a alegação quanto ao preço médio, pois, foi calculado de acordo com as regras estabelecidas na Portaria 445/98, em consonância com o artigo 65, inciso I do RICMS/97.

Conclui opinando pela procedência do Auto de Infração.

Em pauta suplementar a 3ª JJF determinou que os autos fossem baixado em diligência, fl. 38, para que o autuante apresentasse a demonstração do cálculo do preço médio.

A diligência foi atendida, fls. 41 e 42, e seu resultado dado ciência do resultado ao autuado, fls. 47 e 48, e foi colacionado aos autos onde restou evidenciado que os valores da mercadoria foram obtidos através do *site* da SEAGRI – Secretaria da Agricultura do Estado da Bahia de acordo com a tabela de cotação do mês de setembro de 2007, pelo fato do autuado não ter emitido qualquer nota fiscal no período de apuração que pudesse servir de parâmetro para determinação da base de cálculo,

conforme autoriza o art. 5º inciso I, da Portaria nº 445/98. Informou também o autuante que ao elaborar o demonstrativo do preço médio, fls. 43 e 44, constatou uma leve divergência entre o preço médio unitário adotado no Auto de Infração, que foi de R\$ 237,60, e o apurado na diligência no valor R\$235,48 por saco, assim ressaltou que o valor do débito passa para R\$49.719,25, conforme demonstrado nas planilhas às fls. 43 a 46.

O autuado ao se manifestar sobre o resultado da diligência reafirmou suas alegações aduzindo ainda que não há consistência nos preços informados, bem como não foi apresentado documento que fizesse referência aos preços do cacau praticados no período apontado nas planilhas e nem consta a informação do período da frequência para se calcular o preço médio. Conclui mantendo seu pedido de improcedência do Auto de Infração.

O autuante informa, fl. 55, acerca da manifestação do autuado, reiterando todas as suas argumentações apresentadas no resultado da diligência, precipuamente, asseverando que o procedimento fiscal está de acordo com as regras estabelecidas na Portaria 445/98 e em consonância com o art. 65, inciso I do RICMS/96.

VOTO

Observe, inicialmente, que o sujeito passivo suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob a alegação de diversas premissas de que o lançamento contém vícios formais e óbices para o exercício de seu direito de defesa e desprovido de embasamento legal e de provas materiais. Ressalto que essas arguições estão destituídas de fundamento, haja vista que o único aspecto alegado que assistia razão ao atuado em suas alegações, qual seja, a falta de demonstração da obtenção do preço médio, utilizado na apuração da base de cálculo, foi superado através de diligência para esclarecimento dessa lacuna e a ele dado ciência, fls. 47 a 51. Quanto às demais alegações, como restará demonstrado a seguir, em nada afetaram, os princípios do contraditório e da ampla defesa, a compreensão da acusação fiscal e, muito menos, se afigura nos autos qualquer falta de embasamento legal ou de provas materiais.

No tocante a alegação de que, por ser optante do Simples Nacional, falta competência funcional para o autuante lavrar o auto de Infração e que é descabida a aplicação de 17%, constato que não procede o entendimento esposado pelo autuado, tendo em vista que, ao ser apurada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis caracterizadas por saídas de mercadorias sem emissão de documento fiscal, através de levantamento quantitativo, resta configurado a exclusão do Simples Nacional “na operação ou prestação desacompanhada de documento fiscal”, estatuída no inciso VI do art. 386 do RICMS/97, vigente à época da ocorrência do fato gerador, portanto, não há que se falar descumprimento da legislação vigente.

Quanto à alegação de ilegitimidade passiva, por não restar caracterizado nos autos o encerramento da fase de diferimento a que está submetido a mercadoria objeto do Auto de Infração, consoante o art. 489 do RICMS/97, não deve prosperar, pois, apurada a entrada da mercadoria no estabelecimento autuado através de documentação fiscal com saídas sem emissão de documentação fiscal, ou seja, omissão de saídas, afigura-se materializada a ocorrência do incisos I do aludido dispositivo legal, já que o contribuinte não é industrial e se exportasse a mercadoria, operação alcançada pela imunidade, não teria motivo para não emitir a documentação fiscal. Assim, de fato comprovou-se nos autos ocorrido o momento da saída, previsto regulamentarmente, eis que o sujeito passivo não carrou aos autos a documentação fiscal para acobertar as operações de saídas.

No que diz respeito às alegações atinentes, a legibilidade da data aposta pelo próprio autuado na Declaração de Estoque, a falta de Termo de Arrecadação de Livros e Documentos e a sua ulterior devolução, e o transcurso de 97 dias entre o início da ação fiscal e a lavratura do auto de Infração sem termo de Autorização de Prorrogação da Ação fiscal, verifico que o autuado não apontou qualquer afetação específica na compreensão do teor da acusação fiscal, bem como não caracterizou a existência de qualquer óbice na elaboração de sua defesa, em decorrência dessas falhas

procedimentais. Por isso, não vislumbro qualquer prejuízo que maculasse o Auto de Infração de nulidade motivado por esses procedimentos. Especificamente em relação à alegada falta do Termo de Início de Fiscalização, verifico que consta à fl. 06 dos autos, a Intimação para Apresentação de Livro e Documentos Fiscais assinada pela autuado que preenche a lacuna invocada pelo autuado, eis que, do mesmo modo notifica ao contribuinte o início da fiscalização.

Por outro lado, os demonstrativos de apuração e débito, superada a questão do preço médio unitário com a diligência, evidenciam de forma bastante clara a infração que o contribuinte foi acusado. Observo que contém os elementos suficientes para se determinar, com precisão, as infrações e o infrator, tendo em vista, ademais, que foram preparados com base nos documentos e livros fiscais apresentados pelo próprio contribuinte e considerando que o Auto de Infração descreve a infração e identifica com perfeição quais os dispositivos legais infringidos e aquele correspondente à multa aplicada. Deste modo, afastado, igualmente, a alegação de que através da autuação não foi observada a verdade material dos fatos.

No mérito o Auto de Infração versa sobre a falta recolhimento do imposto relativo às operações de saídas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoques, em exercício aberto.

Ao atacar o Auto de Infração o impugnante alegou que por ser optante do Simples Nacional, bem como, o cacau em amêndoa ter o lançamento do ICMS diferido nas sucessivas saídas de cacau para o momento em que ocorrer a saída: “I – da mercadoria para outra unidade da Federação; II – da mercadoria para o exterior; ou III – dos produtos resultantes de sua industrialização, é descabida a exigência do ICMS, com aplicação da alíquota interna de 17%. Acrescentou que caso ficasse comprovado saídas sem emissão de documentos fiscais, caberia a aplicação de penalidade formal prevista no inciso XI ou a penalidade prevista no inciso XXII, do RICMS/97. Apresentou cálculo do preço médio unitário indicando o valor de R\$ 119,95, calculado através da média dos preços de todo o período.

A 3ª JF determinou que os autos fossem baixado em diligência para que o autuante apresentasse a demonstração do cálculo do preço médio. Atendida a diligência, foi dado ciência do resultado ao autuado, e foi colacionado aos autos onde restou evidenciado que os valores da mercadoria foram obtidos através do *site* da SEAGRI – Secretaria da agricultura do Estado da Bahia de acordo com a tabela de cotação do mês de setembro de 2007, pelo fato do autuado não ter emitido qualquer nota fiscal no período de apuração que pudesse servir de parâmetro para determinação da base de cálculo, conforme autoriza o art. 5º inciso I, da Portaria nº 445/98. Informou também o autuante que ao elaborar o demonstrativo do preço médio constatou uma leve divergência entre o preço médio unitário adotado no Auto de Infração, que foi de R\$ 237,60, e o apurado na diligência no valor R\$235,48 por saco, assim ressaltou que o valor do débito passa para R\$49.719,25, conforme demonstrado nas planilhas às fls. 43 a 46.

Em sua manifestação acerca da diligência, o autuado se limitou a aduzir que as planilha não devem ser acolhidas por não haver consistência nos preços informados, pela inexistência de documento algum fazendo referência aos preços praticados no período apontado, bem como não precisou o período de frequência para se calcular o preço médio.

Observo que não assiste razão ao autuado quando refuta aplicação da alíquota de 17% sobre a omissão de saídas apurada por ser optante do Simples Nacional, bem como pelo fato do produto cacau em amêndoa estar amparado por diferimento nas sucessivas saídas dentro do Estado, uma vez que, constatada a omissão de saídas através de operações de saídas sem emissão de documentação fiscal, fica configurada uma das operações não alcançada pelo Simples Nacional, como expressamente dispõe o inciso VI do art. 386 do RICMS/97, como, aliás, já comentado, por ocasião da análise das questões preliminares.

Quanto à fonte das cotações dos preços do cacau obtidas através do site da SEAGRI informação oficial de domínio público e colacionada à fl. 08, questionada pelo autuado, entendo que não causa problema na fidedignidade da apuração do preço médio.

Depois de examinar os elementos que compõem os autos, constato, precipuamente com a demonstração do cálculo do preço médio unitário, apresentado pelo autuante no cumprimento da diligência, elaborado que fora considerando os preços do último mês do período, ou seja, de acordo com a orientação do inciso I do art. 5º da Portaria 445/98, que restou claramente comprovado com segurança a omissão de saída de 1242 sacos de cacau em amêndoas em 28/092007, que com a aplicação do preço médio unitário de R\$235,48 resultou no total de R\$292.446,16, cujo imposto devido com aplicação da alíquota de 17% resulta no imposto devido de R\$49.719,25.

Por isso, acolho o novo demonstrativo de débito carregado aos autos pelo autuante à fl. 46, que reduziu o valor do débito exigido para R\$49.719,25. Assim, a infração está parcialmente caracterizada.

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

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 **110427.0027/07-0**, lavrado contra **ANACAU COMÉRCIO E EXPORTAÇÃO DE CACAU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$49.719,25**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III do art. 42 da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSEÉ FRANKLIN FONTES REIS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR