

A. I. Nº - 010119.0002/08-0
AUTUADO - PLANETA BAHIA BOUTIQUE LTDA.
AUTUANTE - ROZENDO FERREIRA NETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23/12/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0396-03/09

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatou-se, num mesmo exercício, tanto diferenças de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo de estoques, devendo ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. 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. Infrações subsistentes. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS VALORES LANÇADOS NOS DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença apurada entre o valor das vendas registradas em cartão de crédito e o valor informado pela administradora do cartão indica que o sujeito passivo efetuou vendas sem emissão do documento fiscal correspondente. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/09/2008, refere-se à exigência de R\$87.172,44 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março, abril e junho de 2006. Valor do débito: R\$15.535,58.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, no exercício de 2006. Valor do débito: R\$3.253,80.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005. Valor do débito: R\$8.200,88.

Infração 04: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2006; janeiro, março, abril, maio e dezembro de 2007; fevereiro, março, abril e maio de 2008. Valor do débito: R\$60.182,18.

O autuado apresentou impugnação (fls. 203 a 208), comentando inicialmente sobre o princípio da fundamentação, dizendo que o referido princípio está intrinsecamente ligado à regra estabelecida no art. 150, inciso I da Constituição Federal. Em seguida fala sobre os princípios da legalidade estrita e da tipicidade cerrada, afirmando que “facultar apenas ao sujeito passivo a apresentação de defesa, sem, contudo, propiciar-lhe os fundamentos legais contra os quais caberia impugnação, fere a garantia constitucional da ampla defesa”. Cita e transcreve o art. 129, § 1º, inciso V do Código Tributário do Estado da Bahia e art. 39, inciso V do RPAF/BA e diz que diante dos mencionados dispositivos é indubitável a nulidade do presente Auto de Infração, por absoluta indicação do artigo ou dos artigos de lei que veiculam as normas jurídicas supostamente incidentes. Assevera que constatou ausência de menção aos dispositivos da legislação tributária estadual que prevejam os critérios da regra-matriz de incidência do ICMS e da norma punitiva. Apresenta o entendimento de que os artigos citados pela autuante não indicam precisamente os elementos das normas jurídicas incidentes aos fatos descritos, salientando que sua menção não supre a exigência do Código Tributário do Estado da Bahia. Assim, pede a nulidade da autuação fiscal, alegando ausência de indicação dos dispositivos legais aplicáveis aos fatos descritos no Auto de Infração.

No mérito, o defendente pede a insubsistência das infrações 02 e 03, alegando incompatibilidade entre a soma de mercadorias registradas no estoque inicial do estabelecimento filial e das mercadorias adquiridas e também registradas no livro próprio. Diz que a soma das mercadorias registradas no estoque final e das mercadorias vendidas e escrituradas pelo estabelecimento filial decorre exclusivamente da concentração de registro das aquisições de mercadorias promovidas pela pessoa jurídica Planeta Boutique Ltda. nos livros do estabelecimento matriz, inclusive grande parte das entradas procedidas pelos estabelecimentos filiais. Assegura que, analisando os livros Registro de Inventário e Registro de Entradas, bem como os documentos fiscais e DMAs dos estabelecimentos filiais, fica evidenciado que a soma das mercadorias registradas no estoque e as mercadorias alienadas supera bastante a soma das mercadorias registradas no estoque e das mercadorias adquiridas. O defendente também alega que o preço médio das mercadorias foi levantado com base em quantidade mínima de produtos e em período reduzido, circunstância que não reflete a realidade dos valores de vendas de mercadorias. Diz, ainda, que no levantamento fiscal, não foi considerado qualquer percentual de perda ou extravio de mercadorias, bem como as saídas não tributadas, tais como, doações a título de patrocínio para eventos diversos, o que reduziria a diferença apurada no auto de infração.

Quanto à infração 04, alega que não foi oportunizada ao autuado a vista do relatório específico impresso em papel timbrado da administradora, nem o Relatório TEF por Operações Diárias, circunstância que restringe o direito ao contraditório e ampla defesa, ao impedir impugnação específica dos documentos sobre os quais é fundamentada a exigência fiscal, objeto desta infração 04. Diz que o autuante não observou o que estabelece a Instrução Normativa 56/2007, desconsiderando que parte dos valores se refere a operações sujeitas à substituição tributária.

O defendente conclui, pedindo que seja acolhida a preliminar sustentada, decretando a nulidade da autuação fiscal e também a questão preliminar suscitada na infração 04. Se rejeitadas as questões preliminares, que sejam julgadas improcedentes todas as infrações, determinando-se o arquivamento do PAF. Requer, ainda, a produção de provas pelos meios admitidos, especialmente a juntada de documentos e também a realização de diligência e de perícia fiscal.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 232 a 236 dos autos, após reproduzir as infrações, argumenta que o levantamento fiscal foi realizado de acordo com as informações fornecidas pelo autuado por meio dos livros e documentos fiscais, além dos controles internos da SEFAZ, por isso, entende que a impugnação ao presente Auto de Infração é protelatória e insubsistente.

Quanto ao pedido de nulidade da autuação fiscal, diz que o defendente enganou-se, apresentando argumento utilizado em outras defesas numa demonstração de que está se defendendo para postergar o pagamento do imposto, o que aconteceu em quase todos os Autos de Infração anteriores.

Em relação à infração 02, o autuante informa que foi realizada auditoria de estoques com base nas notas fiscais de entradas e de saídas e no livro Registro de Inventário (fls. 92 a 108), constatando-se omissão de entradas de mercadorias tributáveis nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, além de omissão de saídas maior que a de entradas no exercício de 2006, conforme demonstrativos do levantamento quantitativo de estoques às fls. 129 a 185 dos autos, sendo apurados os preços médios das mercadorias de acordo com o art. 60, inciso II, alíneas “a” e “b” do RICMS/BA. Diz que as alegações defensivas não resistem ao mínimo de apreciação, inclusive em relação ao argumento de que não foram consideradas as perdas, extravios e saídas não tributadas.

Quanto à infração 04, o autuante esclarece que de acordo com o recibo de arquivos eletrônicos à fl. 200, o autuado recebeu uma mídia (CD) contendo os arquivos TEF por operações, fornecidos pelas administradoras de cartão, bem como, arquivos das planilhas que embasaram a exigência da infração 04, tendo recebido também, cópias das planilhas impressas em papel, com assinatura da responsável indicada na procuração de fl. 199, conforme fls. 137, 138, 139, 140, 143, 145 etc. Portanto, entende que não deve ser acolhida a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente quanto a esta infração. Finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 239, o presente PAF foi convertido em diligência à ASTEC, para o diligente:

1. intimar o autuado a apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária.
2. Informar ao contribuinte quanto à necessidade de apresentar demonstrativo dos boletos emitidos pelas vendas realizadas com cartões de débito/crédito e respectivos documentos fiscais, o que possibilitará a exclusão, no levantamento fiscal, dos valores efetivamente comprovados.
3. Sendo fornecidos os elementos indicados na intimação, solicitar ao contribuinte a apresentação dos boletos e respectivos documentos fiscais originais, e excluir do levantamento fiscal os valores efetivamente comprovados, aplicando também, a determinação contida na Instrução Normativa 56/2007.
4. Em relação ao levantamento quantitativo (infrações 02 e 03), apurar se procede a alegação do autuado de que houve concentração do registro das aquisições de mercadorias promovidas pela pessoa jurídica Planeta Boutique Ltda. nos livros do estabelecimento matriz, inclusive grande parte das entradas procedidas pelos estabelecimentos filiais, apurando também, se estão corretos os estoques inicial e final, bem como as quantidades consignadas nas notas fiscais, não consideradas ou computadas incorretamente no levantamento fiscal, fazendo correções, se necessário.

Conforme PARECER ASTEC Nº 116/2009 (fls. 240/241), o autuado foi intimado em 27/07/2009 (fl. 242), tendo solicitado prorrogação por mais 25 dias do prazo de entrega dos documentos solicitados, conforme fl. 244 do PAF. A diligente esclarece que no dia 29/08/2009 foi informada pelo autuado através de ligação telefônica que não foram encontrados os documentos solicitados e, por isso, não tinha como atender à intimação do preposto da ASTEC. Foi solicitada a informação por

escrito, mas o contribuinte não o fez. Assim, não foi possível atender à diligência requerida por esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando a falta de apresentação pelo autuado, da documentação necessária.

Foi expedida intimação ao autuado (fl. 250), acompanhada de cópia do PARECER ASTEC Nº 116/2009, mas não foi apresentada qualquer manifestação pelo defendente. O autuante também tomou conhecimento (fl. 251 - verso), e não se pronunciou quanto ao mencionado parecer.

Analisado em pauta suplementar do dia 23/11/2009, os membros desta 3ª Junta de Julgamento Fiscal concluíram que o presente processo encontrava-se em condições de ser julgado.

VOTO

Inicialmente, o autuado pede a nulidade da autuação fiscal, alegando ausência de indicação dos dispositivos legais aplicáveis aos fatos descritos no Auto de Infração. Rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

Quanto à alegação de que houve equívoco no enquadramento legal constante do Auto de Infração, observo que não implica nulidade da autuação provável erro de indicação de dispositivo regulamentar, tendo em vista que, pela descrição dos fatos ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF/99. Portanto, eventuais incorreções alegadas pela defesa não implicam nulidade haja vista que, pela descrição dos fatos ficaram evidentes as irregularidades indicadas no Auto de Infração. Ademais, o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente às operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de março, abril e junho de 2006, conforme demonstrativo à fl. 126.

Embora tenha impugnado a exigência fiscal pedindo a nulidade e improcedência do presente lançamento, o autuado não apresentou qualquer comprovação de que recolheu o imposto exigido nesta infração. Imputação subsistente, de acordo com o levantamento realizado à fl. 126 dos autos.

Infração 02: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, no exercício de 2006, conforme demonstrativos às fl. 184/485.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, conforme demonstrativos às fl. 139/140, 154/155, 171/172.

Observo que o levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio, em um determinado período, e conforme demonstrativos elaborados pelo autuante, anexados aos autos,

foi cumprido o roteiro da mencionada auditoria de fiscal, sendo apuradas as diferenças que resultaram na exigência do imposto das infrações 02 e 03.

Considerando a impugnação apresentada pelo autuado, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à ASTEC, para o diligente apurar se procede a alegação do autuado de que houve concentração do registro das aquisições de mercadorias promovidas pela pessoa jurídica Planeta Boutique Ltda. nos livros do estabelecimento matriz, apurando também, se estão corretos os estoques inicial e final, bem como, se as quantidades consignadas nas notas fiscais foram consideradas corretamente no levantamento fiscal. Entretanto, o defendente não atendeu à intimação enviada pelo preposto da ASTEC, que ficou impossibilitado de proceder à revisão nos cálculos, conforme PARECER ASTEC Nº 116/2009 (fls. 240/241).

Assim, considerando os elementos constantes dos autos, concluo pela subsistência do levantamento fiscal. Em relação à infração 02, foi constatada omissão tanto de saídas como de entradas, sendo o valor da diferença de saídas superior ao das entradas, é devido o imposto apurado tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, a de saídas (art. 13 da Portaria 445/98 c/c art. 60, II, “a” e § 1º do RICMS/97).

Quanto à infração 03, foi constatada a existência de diferença das quantidades de entradas de mercadorias, e por isso, é devido o imposto apurado, considerando que a mencionada irregularidade 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 (RICMS/97, art. 2º, § 3º).

Portanto, fica mantida a exigência fiscal com os valores originalmente apurados pelo autuante nos exercícios fiscalizados.

Infração 04: Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, no período de janeiro a dezembro de 2006; janeiro, março, abril, maio e dezembro de 2007; fevereiro, março, abril e maio de 2008, conforme demonstrativos às fl. 187 a 197.

O defendente alega que não foi oportunizada a vista do relatório específico impresso em papel timbrado da administradora, nem o Relatório TEF por Operações Diárias. Entretanto, o autuante esclareceu na informação fiscal, que o autuado recebeu uma mídia (CD) contendo os arquivos TEF por operações, fornecidos pelas administradoras de cartão, bem como, arquivos das planilhas que embasaram a exigência da infração 04.

De acordo com o Recibo de Arquivos Eletrônicos à fl. 200, foi fornecida ao contribuinte uma mídia CD com os relatórios TEF relativos aos exercícios de 2006 a 2008, constando também, cópias das planilhas que embasaram a lavratura do presente Auto de Infração. Consta a informação de que o contribuinte verificou a consistência dos dados contidos nos arquivos TEF por operação, fornecidos pelas administradoras de cartão de crédito ou de débito. Neste caso, entendo que não há necessidade de relatório em papel impresso, alegado pelo defendente, ficando indeferido o pedido apresentado pelo defendente.

Observe que foi apurada diferença entre o valor das vendas efetuadas com pagamentos por meio de cartão de crédito e o valor informado pelas administradoras, tal fato constitui presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96:

“Art. 4º

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não

contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

O sujeito passivo recebeu o Relatório Diário por Operação TEF, o que possibilitou fazer o confronto dos valores obtidos nas reduções “Z” e notas fiscais de vendas com as informações prestadas pelas administradoras de cartões de débito/crédito. Neste caso, o defendente deveria ter anexado à sua impugnação, além das fotocópias dos documentos fiscais por ele emitidos, a cópias dos correspondentes comprovantes de débito dos cartões com indicação das respectivas formas de pagamento, o que possibilitaria a análise quanto à exclusão do valor efetivamente comprovado.

Saliento que se trata de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, e não foi acostada aos autos qualquer comprovação das alegações defensivas, nos termos do art. 123 do RPAF/BA; não foi apresentada qualquer planilha para ser confrontada com os valores apurados no levantamento fiscal, que resultou na apuração do imposto exigido no presente lançamento, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

Apesar de não caber a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, foi determinada a realização de diligência fiscal pela ASTEC, mas não foi possível atender à diligência requerida por esta Junta de Julgamento Fiscal, considerando a falta de apresentação pelo autuado, da documentação necessária, conforme PARECER ASTEC Nº 116/2009 (fls. 240/241). Acatando os valores apurados no levantamento fiscal, concluo pela subsistência deste item da autuação fiscal.

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

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **010119.0002/08-0**, lavrado contra **PLANETA BAHIA BOUTIQUE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$87.172,44**, acrescido das multas de 50% sobre R\$15.535,58 e 70% sobre R\$71.636,86, previstas no art. 42, inciso I, alínea “a” e inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA