

A. I. N ° - 115305.0012/08-0
AUTUADO - N T COMERCIAL DE COUROS LTDA.
AUTUANTE - EDUARDO FERREIRA PORTO
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA
INTERNET - 04.12.09

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0412-04/09

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. 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 procedente. **b)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Comprovado que a mercadoria não se encontra enquadrada no regime da substituição tributária. Infração não caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/08/2008, para constituir o crédito tributário, no valor histórico de R\$70.353,22, em decorrência de:

- 1- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 58.627,68, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008).
- 2- Falta de retenção e o conseqüentemente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 11.725,54, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadrado no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2008).

O autuado apresentou defesa, fls. 65 a 70, impugnando o lançamento tributário, aduzindo que a falta de descrição clara e precisa da infração caracteriza cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, ensejando, via de conseqüência, a nulidade do lançamento tributário, uma vez que analisando os demonstrativos integrantes do Auto de Infração, verificou a impossibilidade de conhecimento integral e detalhado da acusação, pois alguns pressupostos indispensáveis ao pleno exercício do direito de defesa por parte do autuado foram desprezados.

Argumenta que no levantamento quantitativo em exercício aberto, caso em que se coaduna o lançamento efetuado, não pode o Fisco privar o contribuinte ou seu representante legal da ciência, através de intimação por escrito para realização do levantamento.

Destaca que não existe assinatura ou rubrica do contribuinte ou representante legal nos relatórios das mercadorias selecionadas, nos levantamentos quantitativos das entradas, nos demonstrativos do cálculo do preço médio (entradas), nos levantamentos demonstrativos das saídas, nos demonstrativos do cálculo do preço médio (saídas) e no demonstrativo de cálculo do preço médio a partir de valores do inventário. Frisa que todos os documentos citados se encontram em

branco, sem preenchimento de valores ou quantidades, o que impossibilita ao autuado a obtenção de informações imprescindíveis ao correto entendimento da matéria tributada.

Relativamente aos estoques apurados na ação fiscal, escapou da obrigação da empresa e passou a ser obrigação da fiscalização estadual a sua indicação. Indicação essa que deveria ser realizada no interior do estabelecimento autuado, em demonstrativo minucioso pelo autuante elaborado, dando-se ciência das referidas apurações dos estoques à impugnante, para sua concordância, para poder produzir a prova material do alegado. Nessa apuração unitária do estoque ter-se-ia que obrigatoriamente mencionar mercadoria por mercadoria, com a classificação, discriminação, e especificação que permitisse a perfeita identificação das mercadorias, tal como: espécie; tipo etc. Ressalta que essa especificação exigida para se apurar o estoque, também se exige para dar validade legal aos levantamentos fiscais.

Salienta que o próprio demonstrativo de cálculo das omissões encontra-se sem ciência do contribuinte, apesar da existência de campo próprio para assinatura. O encaminhamento de Auto de Infração por via postal, através de Aviso de Recebimento, não permite à Fazenda Pública a impossibilidade de acesso do contribuinte às apurações feitas pelo Fisco, garantindo ao contribuinte o direito ao contraditório no curso da fiscalização. O simples envio de valores e quadros resumos ao contribuinte, sem que esse tenha tido oportunidade de manifestar-se no curso da apuração, torna sem efeito os atos praticados por violação ao princípio da ampla defesa.

Argumenta que o mais grave é a dubiedade das acusações formuladas pelo autor. Primeiramente, acusa a empresa de falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias e, posteriormente, acusa a mesma pela falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS na condição de contribuinte substituto, utilizando a mesma base de cálculo para determinação do quantum devido em ambas as infrações. Tal fato caracteriza mais uma vez o cerceamento do direito de defesa, ensejando a nulidade do lançamento efetuado.

Assevera que, durante a ação fiscal, foi informado ao fiscal responsável a existência do Inquérito Policial nº 1.136/2005, o qual apura o furto de mercadorias da empresa, não tendo sido tal fato levado em consideração pela fiscalização. Não pode o ente subordinado curvar-se ante à ilegalidade, sob pena de não merecer as garantias individuais da Carta Magna da Nação.

Ao final, requer a nulidade ou improcedência do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 79/80, o autuante salienta que procedeu auditoria de estoques, período 27/06/2003 a 28/07/2008, seguindo estritamente o roteiro determinado na OS de nº 509456/08. Consoante consta dos relatórios anexos, nenhuma diferença foi constatada no período de 27/06/2003 a 31/12/2007 (fls. 20, 27, 34 e 41). No período de 01/01/2008 a 27/07/2008, detectou diferença no estoque da empresa, ou seja, a empresa omitira a saída de 139.510 couros bovino salgado, caracterizando a saída de mercadorias sem a emissão de documentação fiscal, infringindo, assim, dispositivos do RICMS vigente (fl. 42), gerando um ICMS devido de R\$58.627,68 (fl. 44). Também fora reclamado, a título de ICMS Substituição Tributária, R\$ 11.725,54 (fl. 45).

Diz que o procedimento fiscal fora executado de forma clara e precisa, atendendo, estritamente o que determina o RPAF vigente, é o que diz o Termo de Saneamento, lavrado pelo digníssimo Supervisor de Comércio, fl. 60. Ressalta que o contribuinte, na forma da lei, fora intimado a comparecer à repartição fiscal para tomar conhecimento do resultado do procedimento fiscal, através de AR, por não ter comparecido de forma espontânea para tal conhecimento (docs. 59 e 62/63).

Assevera que o contribuinte tem pleno conhecimento do trabalho executado pela fiscalização, inclusive, participou da contagem do estoque existente no estabelecimento, em 28/07/2008, por ele assinado, por sinal, mais claro a discriminação da mercadoria levantada é impossível, uma vez que se trata de um único item levantado “Couro Salgado Matadouro”, fl. 58.

Relativamente à infração 02, reconhece que a inclusão na reclamação fiscal de ICMS devido por substituição tributária foi indevida, porque o couro bovino não faz parte do rol dos produtos

sujeitos à antecipação ou substituição tributária e sim de um produto sujeito ao deferimento do pagamento do imposto (ICMS), assim, sugeriu a retirada deste item do Auto de Infração.

Quanto ao furto ocorrido na empresa e que o autuado alega não ter sido levado em consideração pelo auditor fiscal, no caso, é irrelevante, tendo em vista que o fato ocorrera em 2005 e nesse período foi detectada diferença de estoque. O fato que redundou a autuação ocorrera em 2008 (exercício aberto).

Ao finalizar, opina pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuado, folhas 81/82, recebeu cópia da informação, sendo intimado do prazo legal para se manifestar, porém silenciou.

VOTO

Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 02 (duas) infrações.

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta de recolhimento do imposto, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, enquanto que na infração 02 é imputado ao autuado a falta de retenção e o conseqüentemente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, sendo ambas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em 2008, estando diretamente relacionadas, uma vez que a falta de retenção (infração 2) é justamente sobre as vendas sem notas fiscais apuradas na infração 01.

Em sua peça defensiva o autuado argüiu nulidade do lançamento alegando falta de descrição clara e precisa que teria cerceado seu direito de defesa pois teria lhe impossibilitado conhecer integral e detalhadamente a acusação.

A arguição de nulidade não pode ser acolhida, uma vez que o Auto de Infração foi lavrado mediante sistema informatizado da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, sistema no qual as infrações são pré-definidas, sendo as referidas descrições padrão para o caso em tela, ou seja, levantamento quantitativo de estoque que apurou omissões de saídas sem nota fiscal. Portanto, não resta dúvida de que as infrações encontram-se claramente descritas, são precisas, fato que possibilitou ao sujeito passivo o exercício do amplo direito de defesa.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que lhe teria sido privado a ciência, através de intimação por escrito para realização do levantamento, pois tal argumento não resiste às provas constantes nos autos. A prova acostada à folha 58 demonstra, de forma cristalina, que a contagem física de estoque foi acompanhada pelo Sr. Dirceu Carneiro, um dos sócios da empresa, conforme consta do relatório do Sistema INC – Informação do Contribuinte acostado à folha 72 dos autos, sendo inclusive, a mesma pessoa que assinou a Declaração de Estoque, papel de trabalho que embasou a autuação. Portanto, os elementos acostados aos autos demonstram que não existiu motivo para a nulidade do Auto de Infração em lide.

De igual forma, não pode ser acolhido o argumento defensivo que teria de participar da escolha dos produtos que seria objeto da aplicação do roteiro de auditoria de estoque, pois essa competência é exclusiva do Sujeito Ativo da relação tributária, no caso o Estado da Bahia, através dos prepostos fiscais da Secretaria da Fazenda.

Não tem nenhum cabimento o sujeito passivo, contribuinte do ICMS, querer definir como será fiscalizado, essa competência é exclusiva da Secretaria da Fazenda. Ao contribuinte do imposto

estadual cabe, apenas, em se tratando de contagem física de estoque, acompanhar a contagem da mercadoria, como ocorreu no caso em tela, onde o sócio da empresa, o Sr. Dirceu Carneiro, participou da contagem, conforme declaração assinada pelo mesmo à folha 58 dos autos.

No tocante a alegação defensiva de que não existe assinatura do contribuinte nos levantamentos quantitativos das entradas, das saídas, do cálculo do preço médio, esse fato é verdadeiro, porém, tal situação foi motivada pelo próprio sujeito passivo, que de acordo com a declaração do auditor autuante à folha 59, o contribuinte e seu contador tomou conhecimento da autuação e não assinou o Auto de Infração, obrigando a Inspetoria Fazendária a realizar a intimação do Auto de Infração via “AR”, acompanhada dos demonstrativos, na forma dos artigos 108 e 109 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, conforme comprova a Intimação, fl. 62, e AR à folha 63. Portanto, o autuado recebeu cópia de todos os levantamentos fiscais que embasaram a autuação.

Na mesma forma, não tem nenhuma pertinência, no caso em tela, o argumento defensivo de que a fiscalização deveria mencionar mercadoria por mercadoria, com a classificação, discriminação, e especificação que permitisse a perfeita identificação das mercadorias, tal como: espécie; tipo, pois, ao analisar os papéis de trabalho elaborados pela auditoria, quando da aplicação do Roteiro de Auditoria de Estoques, folhas 41 a 45, em especial a folha 43, relativa à planilha “DEMONSTRATIVO DE CÁLCULO DAS OMISSÕES”, relativo ao exercício 2008, constatei que o produto objeto da presente lide é, unicamente, “COURO BOVINO SALGADO”, mesmo produto constante da Declaração de Estoque assinada pelo sócio da empresa, acima indicado.

No tocante a alegação de furto ocorrido na empresa, tal fato não guarda nenhuma relação com o período autuado que foi o exercício de 2008, enquanto a alegação do contribuinte se refere a um furto que teria ocorrido em 2005, ou seja, 03 (três) antes do exercício autuado.

Devo ressaltar que o auditor autuante, em cumprimento a OS de nº 509456/08, aplicou o roteiro de Auditoria de Estoque (exercício aberto - 2008 e exercício fechado demais anos), consoante consta dos relatórios anexos e nenhuma diferença foi constatada no período 27/06/2003 a 31/12/2007 (fls. 20, 27, 34 e 41). Já no período 01/01/2008 a 27/07/2008, detectou diferença no estoque da empresa, ou seja, a empresa omitiu saída de 139.510 couros bovino salgado, caracterizando a saída de mercadorias sem a emissão de documentação fiscal, gerando um ICMS devido de R\$58.627, 68 (fl. 44). Também fora reclamado, a título de ICMS Substituição Tributária, R\$ 11.725,54 (fl. 45).

Não pode ser acolhido o argumento defensivo de que houve cerceamento do direito de defesa, por dubiedade das acusações formuladas pelo autor, pois como bem ressaltou o próprio contribuinte, na infração 01 é imputado a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias e, por entender o fiscal, no momento da fiscalização, que se tratava de mercadoria incluída no regime de substituição tributária, imputou ao autuado na infração 02 a falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS na condição de contribuinte substituto, sobre as vendas de mercadorias omitidas apuradas na infração 01.

Entretanto, relativamente à infração 02, a imputação de falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária é indevida, uma vez que o “couro bovino salgado” não faz parte do rol dos produtos sujeitos à antecipação ou substituição tributária.

Logo, ante ao acima exposto, entendo que a infração 01 restou caracterizada, enquanto a infração 02 deve ser excluída da autuação.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$58.627,68, conforme abaixo:

INFRAÇÃO	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE	58.627,68
2	IMPROCEDENTE	0,00
TOTAL		58.627,68

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 **115305.0012/08-0**, lavrado contra **N T COMERCIAL DE COUROS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$58.627,68**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, incisos III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2009.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - -PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR