

A. I. N.<sup>º</sup> - 269352.0006/10-0  
AUTUADO - C AMORIM FILHOS & CIA LTDA.  
AUTUANTE - ANDERSON PEIXOTO SAMPAIO e JORGE CALMON MONIZ DE BITTERCOURT  
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO  
INTERNET - 20.08.2010

**2<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACORDÃO JJF N<sup>º</sup> 0211-02/10**

**EMENTA: ICMS.** 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DESTAQUE A MAIS DO IMPOSTO NO DOCUMENTO FISCAL. Não foi apresentada impugnação. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

Através do presente Auto de Infração, foi lavrado em 18/03/2010, para exigir o descumprimento de obrigação principal, relativo ao ICMS, no valor de R\$ 69.554,91, conforme infrações a seguir alinhadas:

Infração 01 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS no valor de R\$ 1.777,47, em decorrência de destaque de imposto a mais no(s) documento(s) fiscal(is). Multa de 60%;

Infração 02 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 67.777,44, multa de 70%.

O autuado, as 64 a 74 dos autos, apresenta defesa aduzindo que a suposta diferença entre a entrada e saídas de mercadoria decorreu de equívocos da contabilidade da empresa, erros estes que já foram corrigidos, conforme comprovam documentos em anexo, o que confirma o alegado acima de que não há qualquer diferença de tributo a recolher.

Argumenta que a presunção não é aceita para exigir imposto, sendo necessária a demonstração metodológica para o arbitramento do mesmo, o que não foi feito pelo Nobre Auditor.

Relaciona os artigos indicados na imputação, para concluir pela improcedência da ação fiscal.

Considera confiscatória a multa capitulada entre 60% a 70% do valor do suposto débito, pedindo a sua exclusão, haja vista o seu inegável caráter confiscatório, conforme dispõe o art. 150, IV da Carta Maior.

Apresenta doutrina e decisões do STF sobre o tema, concluindo 1 autuação.

Os autuantes, às fls. 115 a 119 dos autos, afirmam que, em relação à infração 01, utilização Indevida de Crédito Fiscal, não se localiza na presente peça de defesa algum questionamento que impugne o lançamento desta infração, concluindo que a empresa concorda com a autuação fiscal correspondente à mesma.

Aduzem que, à fl. 66, em seu primeiro parágrafo, a autuada alega que o “Ilustre Auditor incorreu em diversos equívocos”, sem citar quais, e em contraste, no terceiro parágrafo da mesma fl. 66 a defesa altera o alvo da culpa, passando a dizer que a diferença constatada na Auditoria de Estoques foi fruto de “equívocos da contabilidade da empresa”.

Complementam que ao impugnante afirma que “erros estes que já foram corrigidos, conforme comprovam documentos em anexo”, não havendo assim diferença de ICMS a pagar.

Asseguram que indo à procura dos citados “documentos em anexo” no PAF, que supostamente teriam eliminado a diferença apurada no levantamento quantitativo de estoques, nos deparamos, às fls. 75 a 86, com recibos de transmissão de arquivos magnéticos do SINTEGRA em nome da autuada, na data de 10/03/2010. Sustenta que ao se analisar a mídia do tipo CD-R constante da fl. 62 verifica-se que as datas dos arquivos do SINTEGRA utilizados para a lavratura do presente auto de infração são exatamente de 10/03/2010, portanto os recibos que a autuada apresenta na presente defesa se referem exatamente aos arquivos utilizados para a presente autuação, não havendo, portanto, nenhum fato novo que concretize a correção das diferenças encontradas, como afirma a empresa. Concluem que os recibos anexados são exatamente os recibos dos arquivos utilizados para a lavratura do presente auto de infração, ficando demonstrado que se equivocou a autuada em sua argumentação.

Destacam que, às fls. 103 a 109, onde está apensado o relatório de entrega dos arquivos magnéticos da autuada, do Sistema de Controle de Arquivos Magnéticos – SCAM, podem ser comparados os códigos dos protocolos TED, que são os mesmos dos recibos apresentados pela empresa (fls. 75 a 86).

Acrescentam que não há porque se falar em correção posterior de erros quando se trata de Auditoria de Estoques de um exercício encerrado, haja vista que para realização desta Auditoria verifica-se a simples movimentação de mercadorias da empresa, quais sejam o seu quantitativo inicial no inventário escriturado à época, adicionados de suas compras no exercício, deduzido de suas vendas, e confrontando-se com seu inventário no final do mesmo exercício. Trata-se de uma apuração sobre uma movimentação aritmética, baseada na documentação fiscal do contribuinte, regularmente escriturada. Portanto, não há correções posteriores a serem admitidas. Ressaltam ainda que o ano civil da Auditoria de Estoques em questão é do exercício de 2005.

Concluem que, diante destes fatos, constata-se que a autuada não apresentou nenhuma alegação que elida a acusação fiscal, devendo a mesma permanecer na sua procedência.

No tocante à alegada ilegalidade da presunção, afirmam que desconhece a autuada a previsão legal para tal presunção, constante do Art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6284/97, dispositivo este constante do enquadramento da infração 02.

Quanto aos demais dispositivos listados pela autuada, constantes das fls. 66 a 68, aduzem que os mesmos são complementares a esta previsão legal anteriormente citada e ainda corroboram com a impossibilidade de eliminação a posteriori de divergências no levantamento quantitativo de estoques, pois tratam em sua maioria da obrigatoriedade de emissão de documentação fiscal e de escrituração de livros fiscais, que são as bases utilizadas para esta infração 02. Afirmam que a autuada se furtou da possibilidade de transcrever o Art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/BA, que está no enquadramento da questionada infração, e que estabelece claramente a previsão legal da presunção impugnada, num intuito visível de tentar confundir o julgamento.

Quanto ao caráter de confiscatoriedade alegado pela empresa, resuma multa de 60% e a infração 02 de 70%, estando plenamente

aplicadas no sistema tributário brasileiro, seja nas esferas federal, estadual e municipal, não tendo a presente penalidade nada de exacerbada, também sendo esta alegação desprovida de qualquer possibilidade de elisão da ação fiscal.

Considera que o exemplo de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI que a autuada apresenta uma penalidade de um tributo federal da ordem de 300%, muito distante dos percentuais de penalidades ora aplicados.

## VOTO

Foram imputadas ao autuado 02 infrações, a primeira relativa à crédito indevido e a segunda se trata de presunção de omissão de saída apurada através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias.

Preliminarmente, cabe alinhar que a presunção constante da infração 02, conforme será melhor detalhado no que consiste ao mérito, foi resultante das falta de contabilização da contabilizar de entradas de mercadorias apuradas através do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias cujas planilhas com indicação da metodologia e os valores apurados constam dos anexos do Auto de Infração, bem como sua previsão regulamentar constante do art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/BA, não havendo, por conseguinte, qualquer omissão aludida pelo autuado que inquise de nulidade o Auto de Infração.

Verifico, em consonância com os autuantes que, em relação à infração 01 o impugnante não se insurge, ou pelo menos não alinha qualquer argumentação ou elemento probatório para elidir a exigência. Assim, não havendo óbices legais a tal imputação, considero procedente a infração 01.

Quanto à infração 02, realmente o impugnante, apesar de alegar que os autuantes incorreram em diversos equívocos, não indica quais foram tais equívocos ou mesmo traz aos autos qualquer elemento que os identifique, ainda que alegue que as diferença apuradas constatada na Auditoria de Estoques foi fruto de “equívocos da contabilidade da empresa, já corrigidos.

Os autuantes demonstram que a mídia do tipo CD-R, constante da fl. 62, costa as datas dos arquivos do SINTEGRA utilizados para a lavratura do presente auto de infração são exatamente de 10/03/2010, portanto os recibos que a autuada apresenta na presente defesa se referem exatamente aos arquivos utilizados para a presente autuação. Em outro dizer, o autuado não apresenta qualquer correção dos arquivos, limitando-se a anexar os arquivos que foram utilizados para efetuar o levantamento quantitativo em questão.

Não há, por conseguinte, elementos nos autos que elidam as diferenças apuradas no levantamento quantitativo.

A presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, resultante da diferença das quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indicam que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. A falta de registro das notas de entradas apuradas através do aludido levantamento, tem a legalidade da presunção prevista no art. 4º, §4º da Lei 7.014/96, bem como no RICMS/BA, constante do Art. 2º, § 3º, inciso IV, conforme destacam os autuantes no Auto de Infração em questão, no qual foram alinhos outros dispositivos complementares.

O Auto de Infração está amparado, como dito, no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos de 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

pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção” (grifo nosso).

Estamos diante de uma presunção legal prevista no inciso IV art. 334 do Código de Processo Civil. As presunções se dividem em absolutas, que não admitem prova contrária, ou as relativas, consideradas verdadeiras até prova em contrário. Portanto, estamos, na infração sob análise, diante de uma presunção legal relativa, prevista pelo §4º do art. 4º da Lei 7014/96, cabendo ao impugnante o ônus da prova, trazendo aos autos os elementos necessários que se oponham aos fatos presumidos, o que, efetivamente, não ocorreu.

Assim, não há o que se falar na ilegalidade da aludida presunção.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7º edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de sanções e execuções de créditos. Continua a professora, alinhando que não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissو que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Ademais, verifico que o exemplo de julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI que a autuada apresenta à fl. 72 trata de uma penalidade de um tributo federal da ordem de 300%, muito maiores do que as multas de 60% e 70% consideradas na presente autuação.

É importante lembrar que este órgão não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, no presente caso àqueles relativos à aplicação das aludidas multas, em conformidade com o art. 167 do RPAF/BA.

Assim, voto pela PROCÊDENCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração **269352.0006/10-0**, lavrado contra **C AMORIM FILHOS & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$69.554,91**, acrescido das multas de 60 % sobre R\$1.777,47, e de 70% sobre R\$67.777,44, previstas no inciso III e VII “a”, do art. 42 da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR