

A. I. N° - 298921.0011/10-6
AUTUADO - M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 27.12/2010

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0404-04/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Exigência do imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a de operações de entradas, com base na presunção legal de que a falta de registro de entradas destas mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações de vendas anteriormente realizadas e também não contabilizadas, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, o que não ocorreu. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) DEVOLUÇÃO DE MERCADORIAS, POR CONSUMIDOR FINAL, SEM A DEVIDA COMPROVAÇÃO.** Não cumprido o rito processual para comprovação da operação. Razões recursais insuficientes para elidir a acusação fiscal. **b) APROPRIAÇÃO A MAIOR DO ICMS RECOLHIDO A TÍTULO DE ANTECIPAÇÃO PARCIAL** Infração caracterizada. **3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA.** Exigência reconhecida pelo autuado. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. a) FALTA DE ATENDIMENTO À INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO; b) DECLARAÇÃO DE DADOS INCORRETOS NAS INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS APRESENTADAS ATRAVÉS DA DMA. EXGÊNCIAS DE MULTAS.** Infrações reconhecidas pelo autuado. Rejeitadas as preliminares de nulidades e de decadência. Indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/06/2010, exige o débito, no valor de R\$ 172.574,99, conforme documentos às fls. 18 a 369 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 39.131,51, referente aos exercícios de 2005 e 2006, constatados 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;
- 2 Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 124.290,32, referente à devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos exercícios de 2005 e 2006, em desacordo com o art. 653 do RICMS (Dec. 6.284/97), em razão de: não apresentar as declarações do consumidor final que motivou a devolução, as datas das vendas e, inúmeros sem o respectivo documento fiscal;
- 3 Utilização indevida (a maior) de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 124.290,32, referente à devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, nos exercícios de 2005 e 2006, em desacordo com o art. 653 do RICMS (Dec. 6.284/97), em razão de: não apresentar as declarações do consumidor final que motivou a devolução, as datas das vendas e, inúmeros sem o respectivo documento fiscal;

- 4 Multa, no valor de R\$ 460,00, por não escriturar os livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS, no período de 11/2005 a 12/2005;
- 5 Multa, no valor de R\$ 1.380,00, por deixar de apresentar notas fiscais de entradas, quando regularmente intimado por três vezes, referentes aos exercícios de 2005 e 2006;
- 6 Multa, no valor de R\$ 140,00, por declarar incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS).

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta defesa, às fls. 376 a 381 dos autos, na qual tece as seguintes alegações:

Em relação à primeira infração, aduz que descabe a autuação, mesmo partindo de uma presunção legal, pois, se a impugnante deixou de contabilizar entradas, estar-se-á diante de mero descumprimento de obrigação tributária acessória, o qual não tem o condão de excluir o crédito tributário resultante dessas entradas sujeitas à incidência de ICMS. Invoca o princípio da não-cumulatividade do ICMS de forma a deduzir os créditos das entradas com os débitos das saídas. Requer a improcedência da infração.

No tocante à segunda infração, aponta que operou a decadência em relação ao lançamento tributário correspondente aos períodos de 31/01/05 a 31/05/05, eis que superado o quinquênio legal do CTN (art. 150, § 4º). Em seguida, aduz que, ainda que houvesse agido em desacordo com a legislação, a verdade é que o autuante não efetuou qualquer levantamento físico de estoque no estabelecimento, à época dos alegados fatos, de forma a constatar a ocorrência de mero descumprimento de obrigação acessória da parte da empresa, ao deixar de cumprir com o rigor exigido no RICMS a obtenção de declaração do consumidor final, em cada uma das devoluções de mercadoria, ensejadoras da emissão de notas fiscais de entradas por devolução, com estorno do imposto. Também salienta que, tal como se apresenta a relação por data de ocorrência e demais itens, a que se refere a autuação ora impugnada, fica o autuado impedido de ofertar ampla defesa, porquanto essa lista, por si só, não permite distinguir os casos em que tenham ocorrido devolução com troca, daqueles outros que representem devolução pura e simples, sem troca de mercadoria. Defende que deveria o autuante ter verificado o baixíssimo percentual de devolução/troca de mercadorias ao longo do período submetido ao crivo da inspeção, o que teria notado que essas devoluções se deram sempre depois de datas festivas de maior movimento comercial de vendas ou de liquidações promovidas pela empresa. Refuta na totalidade tal exigência e, na pior das hipóteses, admite como única cominação cabível a multa do art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº. 7.014/96, alterada pela Lei nº. 8.534/02, por não ter seguido o rigor do procedimento inerente a uma obrigação tributária acessória.

Quanto à terceira infração, alega o patrono do autuado que não encontrou o “Anexo 03” que fundamenta a infração, já que, na falta de melhor fundamentação da autuação, fica prejudicada, nesse tópico, a sua defesa, do que entende justificar o afastamento e cancelamento do alegado crédito tributário.

Por fim, inerentes às infrações 04, 05 e 06, o autuado aduz que, por se tratarem de meras multas por alegado descumprimento de obrigação acessória e, em razão de seus baixos valores, opta por efetuar seu pagamento.

Assim, o autuado requer a produção de prova documental, com juntada de novos documentos, e prova pericial contábil para fins de demonstração da procedência de sua irrisignação, como também que as intimações sejam enviadas, via postal, com cópia confirmatória, aos cuidados do patrono do autuado.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 405 a 407 dos autos, inicialmente, aduz que o contribuinte, em sua impugnação, não apresentou qualquer demonstrativo ou documento fiscal que conteste os demonstrativos apensados aos autos que fundamentam as infrações, limitando-se, apenas a descrever as acusações fiscais e seus valores.

Destaca o preposto fiscal que, em relação à infração 01, não há qualquer falha, pois não foi apresentado qualquer elemento de prova que conteste o levantamento de estoques, decorrente de presunção legal, cuja lei não há no PAF espaço para discuti-la. Mantém a exigência.

Quanto à infração 02, aduz o autuante não haver decadência, pois o Fisco poderá realizar o lançamento do crédito tributário durante todo o exercício de 2010 dos últimos cinco anos. Salienta ser, nesta infração, descabido levantamento físico, haja vista que as condições para as devoluções/anulações de vendas estão descritas no artigo 653 do RICMS (Dec. nº. 6.284/97), do que sustenta que “Quem não cumpre, caracteriza a infração.” Destaca que o contribuinte não verificou o Anexo 02 (fls. 313/314), pois nele iria constatar os altíssimos percentuais de devoluções/anulações de vendas em relação às Entradas de Mercadorias (80,37%), logo, não há qualquer cerceamento de defesa. Registra que o grupo já foi autuado por esta mesma infração e que o contribuinte não apresentou qualquer elemento de prova para contestar os demonstrativos que embasam a acusação fiscal. Mantém a exigência.

Inerente à infração 03, destaca o autuante que o “Anexo 03” está às folhas 349 a 352 e que foi recebido e assinado no dia da ciência, em 29/06/2010, pelo preposto do autuado. Também salienta que “Outro fato importante: as folhas 350, 351 e 352 são cópias dos Livros/ Documentos Fiscais da autuada;”. Aduz que o contribuinte está recusando fé aos seus próprios Livros/Documentos Fiscais. Concluiu afirmando: “Portanto, não há qualquer cerceamento do Direito de defesa. Está utilizando de argumentos pífios para elidir uma infração que está escriturada no seu próprio acervo.”. Mantém a exigência.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o débito no total de R\$ 172.574,99, relativo a seis irregularidades, sendo a quarta, quinta e sexta infrações objeto de reconhecimento pelo contribuinte, logo, não fazendo parte da lide, sendo, no entanto, procedentes as citadas infrações. Assim, a contenda se restringe apenas às três primeiras infrações.

Inicialmente, indefiro o pedido de prova pericial, nos termos do art. 147 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº. 7.629/99, diante dos elementos existentes nos autos, por considerá-los suficientes para a formação da convicção dos julgadores deste Colegiado.

Também entendo que o autuado não ficou impedido de exercer o seu pleno direito de defesa, como alega o seu patrono em relação à segunda infração, quando afirma que “*Ademais, tal como se apresenta a relação por data de ocorrência e demais itens, a que se refere a autuação ora impugnada, fica a impugnante impedida de ofertar ampla defesa, porquanto essa lista, por si só, não permite distinguir os casos em que tenha ocorrido devolução com troca, daqueles outros que representem devolução pura e simples, sem troca de mercadoria.*”, visto que se trata de exigência fundamentada em lançamentos da escrita fiscal do próprio contribuinte, consoante documentos de fls. 315 a 340 dos autos, cujos valores foram demonstrados às fls. 313 e 314 do PAF.

Igualmente, em relação à terceira infração, descabe a alegação do autuado de que “*Nesse tópico, refere-se o auto a anexo de número 03, que a impugnante não logrou encontrar. Na falta de melhor fundamentação da autuação, fica prejudicada, nesse tópico, a ampla defesa da impugnante. Justifica-se, pois, o afastamento e cancelamento do alegado crédito tributário de R\$ 7.173,16 com seus acréscimos legais.*”. E descabe tal alegação uma vez que o “Anexo 03” está à folha 349 dos autos, o qual foi recebido e assinado pelo preposto do autuado. Assim, também, inexistente o alegado cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Quanto ao pedido para que as intimações sejam enviadas, via postal, com cópia confirmatória, aos cuidados do patrono do autuado, esclareço que, conforme previsto no caput do art. 108 do RPAF, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99, a intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, deverá ser feita pessoalmente, via postal ou por meio eletrônico, ind

Também, deixo de acatar a preliminar de decadência relativa ao período de 31/01/05 a 31/05/05, inerente à segunda infração, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que “*Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...*”, a legislação pertinente no Estado da Bahia, ínsita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 21.06.10, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores dos referidos meses de 2005.

No mérito, quanto à primeira infração, verifico que a auditoria de estoque está fundamentada em levantamentos de: estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, consoante diversos demonstrativos e levantamento apensados aos autos e entregues ao sujeito passivo, conforme fls. 20 a 312 dos autos. Contudo, o autuado não apresentou qualquer equívoco cometido no levantamento fiscal, limitando-se apenas, a alegar que “*Se a impugnante deixou de contabilizar entradas, estar-se-á diante de mero descumprimento de obrigação tributária acessória, descumprimento esse que não tem o condão de excluir o crédito tributário resultante dessas entradas sujeitas à incidência de ICMS*”. Assim, requer a dedução dos créditos das entradas com os débitos das saídas.

No entanto, não cabe razão ao patrono do autuado quanto ao seu pleito, pois, no caso presente, está a se exigir o ICMS por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, sob o entendimento de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos das referidas mercadorias com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção legal, o que não ocorreu.

Portanto, apesar de a irregularidade ter sido apurada por meio de entradas não contabilizadas, o que se está a exigir é *o imposto relativo à operação de saídas anteriores*, não oferecida à tributação, cuja receita serviu de suporte para a aquisição dessas mercadorias não contabilizadas.

Sendo assim, não há que se pleitear a compensação do crédito fiscal dessas aquisições com o débito de ICMS reclamado, por se tratarem de mercadorias e de operações diversas, como também porque tais créditos fiscais só poderão ser apropriados, de forma extemporânea, através de documentos fiscais idôneos das aludidas aquisições das mercadorias.

Logo, não se trata de “mero descumprimento de obrigação tributária acessória”, como afirma o defendente, mas, sim, de descumprimento de obrigação tributária principal, sendo as razões de defesa insuficientes para elidir a acusação fiscal. Infração procedente.

Em relação à segunda infração, a qual se refere à utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 124.290,32, referente à devolução de mercadorias efetuadas por consumidor final, sem a devida comprovação, em desacordo com o art. 653 do RICMS, uma vez que: não foram apresentadas as declarações do consumidor final que motivou a devolução, as datas das vendas e, inúmeros sem o respectivo documento fiscal, sustenta o patrono do autuado que caberia ao autuante efetuar levantamento físico de estoque para constatar a ocorrência de “*mero descumprimento de obrigação acessória da parte da empresa ora impugnante, ao deixar de cumprir com o rigor exigido no RICMS a obtenção de declarações do consumidor final, em cada uma das devoluções de mercadoria, ensejadoras da emissão de notas fiscais de entradas por devolução, com estorno do imposto.*”

Contudo, conforme bem ressaltou o autuante em sua informação fiscal, descabido o levantamento físico, haja vista que as condições para as devoluções/anulações de vendas estão descritas no artigo 653 do RICMS, o qual prevê, como condição necessária para das mercadorias devolvidas, quando realizada por qualquer p

considerada contribuinte ou não obrigada à emissão de nota fiscal, *a prova inequívoca da devolução*, ou seja, a “*declaração assinada pela pessoa que efetuar a devolução, com indicação do motivo da devolução, fazendo constar a espécie e o número do seu documento de identidade*”.

Tal exigência não é mera formalidade, como aduz o autuado, mas, sim, prova inequívoca da devolução, de ônus do contribuinte, para proceder ao estorno de débito do ICMS quando da saída da mercadoria, o qual será, quando devidamente comprovado, creditado como meio de recuperação do débito anterior destacado, sendo irrelevante o percentual de incidência. Mantida a infração.

No tocante à terceira infração, inerente à utilização a mais de crédito fiscal de ICMS antecipação tributária, recolhido no mês de junho de 2006, o patrono do autuado se limita a alegar o cerceamento ao seu direito de defesa, fato já analisado nas preliminares. Infração subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298921.0011/10-6**, lavrado contra **M5 INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 170.594,99**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 39.131,51 e 60% sobre R\$ 131.463,48, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de **R\$ 1.980,00**, previstas nos incisos XV, “d”, XVIII, “c”, e XX, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR