

A. I. Nº - 129712.0002/10-9
AUTUADO - GLOBEX UTILIDADES S.A.
AUTUANTE - MARIA CRISTINA ALVES CORREIA SANTOS
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 17.06.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0157-04/11

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Não comprovada a existência de erros dos dados no levantamento fiscal. Infração procedente. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração reconhecida. Indeferido o pedido de diligência e rejeitada a nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 30/09/10, exige ICMS no valor de R\$9.298,52, acrescido de multas de 60% e 70%, referente às seguintes irregularidades:

01. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada 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 (2007/2008) - R\$7.528,68.
02. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais - R\$1.769,84.

O autuado na defesa apresentada (fls. 145/153) esclarece que é loja comercial de departamento/magazines com atividade de importação, exportação, comércio e indústria de eletrodomésticos, para atender utilidades básicas e complementares doméstica, comercial ou industrial.

Informa que antes de tratar sobre as questões de nulidade e de mérito, a impugnação é parcial visto que efetuou pagamento do total exigido na infração 2. Requer sua homologação.

Discorre sobre a infração 1, transcreve os dispositivos indicados no enquadramento e diz que a fiscalização, apontou apenas indícios de suposto ilícito praticado, e o auto de infração lavrado caracteriza uma arbitrariedade, por não se concretizar em infração.

Ressalta que o imposto exigido com base em presunção admite prova em contrário e só é admissível quando o Fisco não puder apurar por outro meio, o que autoriza proceder ao arbitramento do valor do crédito tributário com base na presunção da ocorrência do fato gerador.

Afirma que a presunção vai de encontro ao disposto no art. 112 do Código Tributário Nacional (CTN), visto que a lei tributária definidora de infrações, ou que lhe comina penalidades, deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida. Entende que a legislação infraconstitucional (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96) é hierarquicamente inferior ao CTN e, portanto ilegal, pois viola os diversos princípios constitucionais e tributários, especialmente o princípio da verdade material norteador de todo o processo administrativo fiscal, conforme doutrinadores.

Salienta que caso o órgão julgador se declare incompetente para apreciar a ilegalidade apontada, pretende demonstrar que os critérios utilizados pela fiscalização, não presumem a ocorrência do fato gerador, nos exatos termos do art. 2º, §3º do RICMS/BA.

Argumenta que a planilha da apuração das divergências entre as entradas e saídas do controle de estoque foi elaborada com base em dados do arquivo magnético fornecido ao Fisco, que não é suficiente para se presumir que houve omissão. Entende que a fiscalização deveria valer-se de outras fontes de informações e de prova, a exemplo de notas fiscais, escrituração contábil e fiscal. Transcreve ementa do Acórdão JJF 2126/00 para reforçar seu posicionamento.

Conclui afirmando que a intenção da fiscalização de utilizar presunção legal para cobrar imposto configura uma tentativa forçada de inverter o ônus da prova, que, é sempre do Fisco e deve ser afastada por falta de provas e indefinição quanto à infração e o infrator (art. 18 do RPAF).

No mérito, caso não acolhida a nulidade suscitada, entende que a infração deve ser revista fazendo uso de outros meios de provas que não somente os arquivos magnéticos apresentados ao Fisco.

Manifesta que para se presumir a ocorrência do fato gerador do art. 2º, §3º, IV do RICMS/BA é imprescindível provar que as mercadorias ingressaram no estoque sem o devido registro nos livros, por nota fiscal de entrada não escriturada e não com os dados dos arquivos magnéticos.

Requer a realização de diligência fiscal para o correto deslinde do feito, nos termos do art. 123 do RPAF/BA, em obediência ao princípio da verdade material prevalente no processo administrativo.

Por fim, requer nulidade da infração 1, realização de diligência fiscal com posterior comunicação para poder se manifestar ou julgar pela sua improcedência.

A autuante presta informação fiscal (fls. 218/220), ratifica o procedimento fiscal, discorre sobre as alegações defensivas e diz que o pedido de nulidade suscitado não pode prosperar, visto que o Auto de Infração foi lavrado tendo como suporte, demonstrativos de levantamento quantitativo de entradas e saídas, cujas cópias foram entregues ao autuado mediante recibo.

Afirma que em relação à inconstitucionalidade da Lei nº 7.014/96 não lhe cabe apreciar, tendo em vista que na condição de funcionário público exerce atividade vinculada e cabe cumpri-la.

Quanto à alegação de que o levantamento fiscal foi feito apenas com base nos arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte, afirma que não condiz com a realidade tendo em vista que juntou cópia do livro Registro de Inventário, o qual foi confrontado com os dados constantes do arquivo magnético, bem como arrecadou livros e solicitou outros documentos fiscais durante os trabalhos, cujos demonstrativos anexados ao processo servem de prova da ação fiscal. Requer a procedência do Auto de Infração.

A Secretaria do CONSEF acostou às fls. 221/223 comprovante de pagamento de parte do débito constante do SIGAT.

VOTO

O autuado requereu a realização de diligência no sentido de que verificasse a existência de elementos de prova em documentos e livros fiscais. Observo que de acordo com o art. 150, I do Dec. 7.629/99 (RPAF/BA), entende-se por diligência a realização de ato por ordem da autoridade competente para que se cumpra uma exigência processual ou para que se investigue a respeito do mérito da questão, e consiste na pesquisa, sindicância, exame, vistoria, levantamento, informação, cálculo ou qualquer outra providência que vise à elucidação da matéria suscitada, que não requeiram conhecimento técnico especializado. Indefiro o pedido de diligência formulado, nos termos do art. 147, I, "b" do mencionado diploma legal, tendo em vista que o seu pedido objetiva verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos de posse do requerente e cuja prova poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não ocorreu.

O autuado suscitou a nulidade da infração 1, sob o argumento de que a exigência do imposto com base em presunção estabelecida na legislação infraconstitucional contraria o disposto no art. 112 CTN. Constatou que o imposto foi exigido com fundamento no art. 2º, §3º, do RICMS/BA (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96). Portanto, o procedimento fiscal é legal, e conforme disposto no art. 167, I do

RPAF/BA, não se incluem na competência dos órgãos julgadores declarar a inconstitucionalidade da legislação estadual.

Suscitou ainda nulidade da autuação sob o argumento de que o levantamento fiscal com base em dados do arquivo magnético não é suficiente para identificar a infração e o infrator. Entendo que se trata de questão de mérito e será apreciado em seguida. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbrou inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Ressalto que a decisão contida no Acórdão JJF 2126/00 não serve de amparo para a situação fática deste processo, tendo em vista que aquela decisão tratava de exigência fiscal com base em falta de escrituração de notas fiscais coletadas em fontes externas e não juntadas ao processo, enquanto na situação presente trata-se de levantamento fiscal com base em documentos fiscais devidamente escriturados.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias apuradas com base em presunção legal e pela utilização indevida de crédito fiscal.

Na defesa apresentada o autuado argumentou que a exigência fiscal apurada com base nos dados contidos nos arquivos magnéticos apresentados ao Fisco configura indícios de irregularidades e não constitui prova suficiente da ocorrência do fato gerador e cometimento da infração.

Verifico que a fiscalização apurou omissão de entrada de mercadorias nos exercícios de 2007 e 2008 tudo conforme demonstrativos analíticos e sintéticos juntados às fls. 37/89 cuja cópia em meio magnético foi entregue ao autuado mediante recibo juntado à fl. 24.

Em se tratando de levantamento quantitativo de estoques, a fiscalização tomou como base no desenvolvimento do roteiro da auditoria aplicada, as quantidades registradas dos estoques (inicial e final dos exercícios) no livro Registro de Inventário por item de mercadorias, adicionou as quantidades adquiridas consignadas nas notas fiscais de compras e deduziu as saídas constantes dos documentos fiscais emitidos pelo contribuinte, tendo exigido ICMS sobre as diferenças apuradas.

Portanto, tendo sido elaborados demonstrativos com base nos documentos fiscais devidamente escriturados na contabilidade do estabelecimento autuado, com a entrega das cópias dos demonstrativos elaborados pela fiscalização, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA).

Com relação à alegação de que o levantamento fiscal com base nos dados do arquivo magnético não constitui prova suficiente do cometimento da infração, não pode ser acolhido tendo em vista que o arquivo magnético deve refletir de forma real a escrituração fiscal. Os demonstrativos indicam as quantidades de produtos por códigos e descrição, bem como as quantidades consignadas em cada nota fiscal de entrada e de saída, devidamente escriturada nos livros fiscais e da mesma forma, as quantidades dos produtos escrituradas no livro Registro de Inventário.

Considerando que o imposto foi exigido com base em presunção legal (art. 4º, §4º da Lei 7.014/96) é facultado ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção. Logo, sendo detentor dos livros e documentos fiscais, caberia ao defendant indicar possíveis quantidades incorretas do demonstrativo elaborado pela fiscalização que divergisse do documento fiscal ou do livro Registro de Inventário.

Como nenhuma prova foi apresentada com a defesa em relação ao que foi alegado, deve ser admitido como verídica a acusação, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que à luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do

imposto exigido. Infração procedente.

Quanto à infração 2, a mesma foi reconhecida e quitada. Não havendo lide, deve ser mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **129712.0002/10-9**, lavrado contra **GLOBEX UTILIDADES S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.298,52**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.769,84 e de 70% sobre R\$7.528,68, previstas no art. 42, VII, “a”, e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de junho de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR