

A. I. N° - 295309.0041/10-0
AUTUADO - CARL LEONI LTDA.
AUTUANTE - CONCEIÇÃO MARIA SANTOS DE PINHO
ORIGEM - INFACRUIZ DAS ALMAS
INTERNET - 28/07/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0165-03/11

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM O 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 não contabilizadas. Refeitos os cálculos em decorrência da comprovação apresentada nas razões de defesa, o imposto apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferido o pedido de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 23/12/2010, refere-se à exigência de R\$86.295,30 de ICMS, acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006. Consta, ainda, que foi declarada pelo contribuinte a quebra de 20%, contabilizada através de lançamento simbólico com Notas Fiscais de Saídas de números 1 e 2, de 31/12/2005 e 31/12/2006, respectivamente.

O autuado apresentou impugnação (fls. 216 a 221), alegando que o presente lançamento é inteiramente nulo, porque tem como fundamentação mera presunção, e como alicerce mera portaria editada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Reproduz a acusação fiscal e os dispositivos da legislação indicados como infringidos, citando também a Portaria 445/98. O defendente apresenta o entendimento de que o autuante realizou levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sem conseguir provar efetivamente as supostas omissões de saídas e entradas de mercadorias. Diz que nada é provado, tudo é presumido. A respeito da presunção, transcreve ensinamento do mestre Roque Antônio Carrazza (Curso de Direito Constitucional Tributário, Malheiros Editores, 14^a edição, 2000, pág. 315 a 318) e do mestre Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, Vol. I, Editora Forense, 24^a edição, 1998, pág. 423). Assegura que a autuante teve a oportunidade de examinar todos os livros e documentos fiscais da empresa, entretanto, preferiu lavrar o Auto de Infração com base em mera presunção. Que em momento algum a autuante efetivamente provou a existência real de omissões de entradas e saídas de mercadorias tributadas, e que, de acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao auditor da Secretaria da Fazenda. O autuado afirma que não omite operações de entradas e saídas de mercadorias, não deixa de recolher tributos, inclusive o ICMS. Entende que exigir pagamento de ICMS por conta de falsa presunção é querer cobrar de quem não é devedor, que o presente Auto de Infração foi lavrado sem fundamento em provas efetivas (e sim com base em mera presunção) é caso de intolerável

inconstitucionalidade e ilegalidade. Este Auto de Infração também é nulo por ferir o princípio da legalidade insculpido no art. 150, I, e no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988. Diz que mera portaria editada pelo Secretário da Fazenda não pode inovar a ordem jurídica. Assim, diz que é inteiramente inconstitucional e ilegal a Portaria nº 445/1998, especialmente os arts. 6º, 7º e 8º, que tratam sobre presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais. No mérito, o defendant alega que, em caso de a preliminar não ser acolhida, apresenta impugnação quanto ao mérito da autuação. Alega que a autuante deixou de considerar em seu “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado” o recebimento pelo estabelecimento autuado de 112.500,00 kg de fumo provenientes da ATC Associated Tobacco Company Brasil Ltda. a título de “devolução simbólica de mercadoria em industrialização”, conforme Nota Fiscal nº 068436 (doc. 6 – fl. 237 do PAF). Tal recebimento de mercadoria faz com que a diferença de estoque apurada pela autuante fique reduzida a 65.288,80 kg de fumo, conforme demonstrativo que elaborou. Assim, entende que restou provada a improcedência do lançamento relativo à falta de recolhimento do ICMS com base em presunção, devendo ser cancelado o crédito fiscal de R\$ 54.605,36. Diz que após provada a improcedência do lançamento relativamente ao crédito fiscal de R\$ 54.605,36 (Nota Fiscal nº 068436 - doc. 6), resta apenas a presunção de R\$31.689,94, correspondente a 65.288,80 kg de fumo. Observa que pelo cálculo da autuante lançado no DAE, o valor do principal foi de R\$ 32.171,55, portanto, a maior em R\$ 481, 61 em relação ao valor devido. Reitera o pedido de nulidade da autuante, pedindo a compensação do imposto recolhido no valor de R\$ 56.118,23, conforme prova o DAE que anexou à fl. 236 do PAF. Caso as provas apresentadas na Impugnação não convençam plenamente os Julgadores, o defendant pede a realização de exame pericial. Por fim, requer seja acolhida a preliminar de nulidade, declarando inteiramente nulo o Auto de Infração lavrado e determinado o seu arquivamento, e a consequente restituição (ou permissão de compensação com imposto futuro) do valor indevidamente recolhido de R\$ 56.118,23. Ou, em última hipótese, em caso de não acolhimento da preliminar suscitada e, analisando o mérito, que seja acolhido o recolhimento realizado de R\$ 56.118,23, e julgado improcedente o restante do débito principal exigido no presente Auto de Infração. Protesta pela produção de todos os demais meios de prova em Direito admitidos. Os advogados constituídos pelo defendant, com fulcro no art. 365, IV, do Código de Processo Civil, declararam a autenticidade das documentações acostadas aos autos.

A autuante prestou informação fiscal à fl. 241 dos autos. Quanto à preliminar de nulidade, diz que a alegação do autuado não constitui motivo para nulidade do procedimento, pois o Auto de Infração foi lavrado com base em presunção legal, fundamentada na legislação editada pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (§ 3º, Inciso I do art. 2º do RIMS/97). No mérito, acata a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informa que após o lançamento da referida Nota Fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou aos autos. Salienta que o contribuinte recolheu o valor de R\$ 56.118,23 reconhecendo, parte do débito. Juntou novos demonstrativos.

À fl. 269 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, constando na cópia da intimação, a comprovação que o preposto do contribuinte recebeu a cópia da mencionada informação fiscal e demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

VOTO

Inicialmente, 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 comprehensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente às irregularidades apuradas. Não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos.

O autuado alegou que o presente lançamento é inteiramente nulo, porque tem como fundamentação mera presunção, e como alicerce a Portaria 445/98 editada pelo Secretário da Fazenda do Estado da Bahia. Apresenta o entendimento de que a autuante realizou levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sem conseguir provar efetivamente as supostas omissões de saídas e entradas de mercadorias. Diz que em momento algum a autuante efetivamente provou a existência real de omissões de entradas e saídas de mercadorias tributadas, e que, de acordo com o art. 333, I, do CPC, o ônus da prova incumbe ao auditor da Secretaria da Fazenda.

Constatou que no enquadramento legal indicado pelo autuante no Auto de Infração foram consignados os dispositivos do RICMS/BA e da Portaria 445/98, sem qualquer referência à Lei 7.014/96. Entretanto, não houve qualquer prejuízo para a defesa do autuado. Ademais, não implica nulidade da autuação caso exista 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.

Observo que no levantamento quantitativo de estoques, são conferidas as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro Registro de Inventário, em um determinado período. Como consequência, no presente processo, houve a constatação de omissão de entradas de mercadorias tributáveis, conforme demonstrativos elaborados pela autuante e anexados aos autos, tendo sido entregues as cópias ao contribuinte, conforme recibo nos mencionados demonstrativos. Foi cumprido o roteiro de uma auditoria de fiscal, que poderia ser realizada através de contagem física ou físico-documental, podendo ser aplicado a qualquer estabelecimento atacadista ou varejista, e não se trata de simples presunção da fiscalização.

Além dos dados referentes aos estoques iniciais e finais, foram elaborados três demonstrativos: a) dois analíticos, com a indicação das quantidades e dos preços unitários, um relativo às saídas de mercadorias e outro relativo às entradas; b) um demonstrativo sintético, consolidando os dados constantes nos demonstrativos analíticos, com a apuração das diferenças de estoques e o imposto devido. Portanto, não acato a alegação defensiva de que se trata de mera presunção da fiscalização, e que não foi provada a existência das omissões, haja vista que o levantamento fiscal constitui a prova da infração apurada.

O defensor apresentou o entendimento de que é inconstitucional e ilegal a Portaria nº 445/1998, especialmente os arts. 6º, 7º e 8º, que tratam sobre presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais. Quanto a esta alegação, observo que a mencionada Portaria não criou direitos e obrigações para o contribuinte, haja vista que repete as regras estabelecidas na Lei 7.014/96 e no RICMS/BA. Ela esclarece o alcance das disposições contidas no § 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, com vistas a proporcionar à fiscalização o entendimento uniforme na aplicação da mencionada norma. Portanto, a referida Portaria dispõe sobre os procedimentos que devem ser adotados na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias. Ademais, não se inclui na competência deste órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

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.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas nos autos.

No mérito, o presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS, pela falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2005 e 2006. Demonstrativos às fls. 06 e 43 do PAF.

O autuado alegou que a autuante deixou de considerar em seu “levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, o recebimento pelo estabelecimento autuado de 112.500,00 kg de fumo provenientes da ATC Associated Tobacco Company Brasil Ltda a título de “devolução simbólica de mercadoria em industrialização”, conforme Nota Fiscal nº 068436 (fl. 237 do PAF). Afirma que tal recebimento de mercadoria faz com que a diferença de estoque apurada pela autuante fique reduzida a 65.288,80 kg de fumo, restando apenas a presunção de R\$31.689,94, correspondente a 65.288,80 kg de fumo.

Na informação fiscal, a autuante acatou a alegação defensiva em relação à Nota Fiscal nº 68436 dizendo que, de fato, a referida nota fiscal não foi considerada no levantamento quantitativo de estoque. Informou que após o lançamento do mencionado documento fiscal no quantitativo de estoque, o valor do imposto lançado passou de R\$ 81.138,38 para R\$ 37.839,38 conforme novos demonstrativos que acostou às fls. 241 a 265 dos autos.

Vale salientar, que o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pela autuante, constando na cópia da intimação à fl. 269, a comprovação que o preposto do contribuinte recebeu a cópia da mencionada informação fiscal e demonstrativos. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

Após a revisão efetuada pela autuante, ainda foi apurada omissão de entradas de mercadoria tributável. Neste caso, a diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques autoriza a presunção legal da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto, conforme §4º do art. 4º da Lei 7.014/96; art. 7º da Portaria 445/98 c/c art. 2º, § 3º do RICMS/BA.

Diante da omissão de entradas apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, a Lei autoriza a presunção da ocorrência de operações sem a emissão de documentos fiscais. Tratando-se de exigência de imposto por presunção legal, pode ser elidida pelo sujeito passivo, exibindo provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar outras comprovações, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo. No caso em exame, a única prova apresentada pelo autuado, junto com sua impugnação (Nota Fiscal nº 068436 – fl. 237 do PAF), foi acatada pela autuante que refez o levantamento fiscal referente ao exercício de 2005, apurando redução no débito originalmente exigido, conforme novos demonstrativos que elaborou.

Acato o resultado da revisão efetuada pelo autuante, e concluo pela subsistência parcial da exigência fiscal, no valor total de R\$42.996,00, sendo R\$37.839,38 para o exercício de 2005 e R\$5.156,62 correspondentes a 2006, que ficou inalterado.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295309.0041/10-0, lavrado contra **CARL LEONI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$42.996,00**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA