

PROCESSO - A. I. N° 281077.0004/10-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA.
RECORRIDOS - CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1^a JJF n° 0051-01/11
ORIGEM - INFRAZ SANTO AMARO
INTERNET - 29/02/2012

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0050-11/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas por meio de levantamento quantitativo, deve ser exigido o ICMS tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. **a)** Saídas em montante superior. **b)** Valor das entradas omitidas superior ao das saídas. Exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com fulcro na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com Recursos decorrentes de operações de saídas de mercadorias tributáveis também não contabilizadas. Imputações parcialmente elididas. Não acolhidas as preliminares de nulidade. Indeferido o pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0051-01/11), que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, por meio do qual o preposto fiscal apontou o cometimento das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. Exercícios de 2006 e 2007. ICMS no valor de R\$46.956,66 e multa de 70%.

INFRAÇÃO 2. 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. Exercício de 2008. ICMS no valor de R\$4.705,03 e multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“Em sede de preliminar, o autuado suscita a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o lançamento está fundamentado em presunção e em portaria.

Discordo desse entendimento do autuado, pois a Portaria 445/98 apenas orienta a fiscalização como realizar levantamentos quantitativos de estoques. Essa citada portaria não cria obrigação para os contribuintes e nem inova a legislação do ICMS, assim como não fundamenta autuação.

Quanto à infração 1, a autuante não utilizou nenhuma presunção na apuração do imposto que foi cobrado. A exigência fiscal está baseada apenas no levantamento quantitativo de estoque, o qual constatou a ocorrência de operação de saída de mercadoria sem a emissão da correspondente documentação fiscal. Nessa situação, a omissão de saídas constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais. Em suma, nessa infração não houve a utilização de presunção.

No que tange à infração 2, efetivamente a autuante utilizou uma presunção legal relativa (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) para cobrar o ICMS que foi lançado. Tendo em vista que o levantamento quantitativo de estoque tinha apurado omissões de entradas de mercadorias, a autuante, acertadamente, com respaldo no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, presumiu que o autuado tinha realizado operações de circulação de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte o ônus de elidir essa presunção legal relativa.

O autuado alega que não há prova da omissão de saída ou de entrada de mercadoria e, portanto, o Auto de Infração é nulo. Respeitosamente, divirjo desse entendimento do autuado, pois as omissões apuradas pela autuante estão respaldadas em demonstrativos acostados ao processo – dos quais o autuado recebeu cópia, conforme recibos consignados nos referidos demonstrativos.

No que tange à utilização dos arquivos do SINTEGRA pela autuante, não merece acolhimento a preliminar de nulidade, pois esses arquivos são gerados e entregues à SEFAZ pelos próprios contribuintes. É relevante salientar que, se os arquivos magnéticos do autuado foram enviados à SEFAZ com divergências, esse fato constitui ilícito fiscal que torna o referido contribuinte passível de multa capitulada no artigo 42, inciso XIII-A, da Lei nº 7.014/96.

Ainda em preliminar, o autuado diz que o Auto de Infração e a informação fiscal são nulos, pois não estão fundamentados em leis no sentido estrito, ferindo, assim, o princípio da legalidade.

Não merece acolhimento essa tese defensiva, uma vez que, nos termos do artigo 19 do RPAF/99 [Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Dec. nº 7.629/99] “a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal”.

Em face do acima exposto, afasto as preliminares de nulidade suscitadas na defesa e nos pronunciamentos posteriores.

Em sua defesa, o autuado argui a ilegalidade e a constitucionalidade de dispositivos do RICMS-BA e da Portaria 445/98.

Quanto à ilegalidade, não há como acolher o argumento defensivo, uma vez que não restou comprovado que o RICMS-BA ou a Portaria nº 445/98 tenham ultrapassado ou contrariado as disposições contidas na lei instituidora do ICMS. Já quanto à alegada constitucionalidade, ressalto que, ao teor do disposto no art. 167, I, do RPAF/99, tal matéria não se inclui entre as competências deste órgão julgador.

Indefiro a solicitação de perícia ou diligência, pois considero que os elementos já existentes nos autos são suficientes para o deslinde das questões, bem como a matéria abarcada na autuação não depende de conhecimento específico de técnico, nos termos do art. 147, I e II, do RPAF/99.

Adentrando no mérito da lide, observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigir ICMS não recolhido e apurado por meio da auditoria fiscal de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2006 a 2008.

A infração 1 trata de omissão de operações de saídas de mercadorias nos exercícios fechados de 2006 e 2007.

Em relação ao exercício de 2006, foi apurada uma omissão de saída de 28 toneladas de Argila Ativada, pelo que foi lançado ICMS no valor de R\$ 2.665,60. Esse valor lançado foi pago, conforme a declaração de fl. 140 e os comprovantes de pagamento de fls. 131, 183 e 184.

Apesar de já ter efetuado o pagamento correspondente a esse item do lançamento, o autuado se insurge contra a exigência fiscal, argumentando que a referida omissão foi decorrente da falta de emissão da nota fiscal de entrada das mercadorias que saíram amparadas pela Nota Fiscal nº 1743 e que, no entanto, não foram recebidas pelo destinatário e retornaram ao seu estabelecimento.

Inicialmente, saliento que nos termos do art. 156, inc. I, do CTN, extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, consequentemente, também extinto o processo

administrativo fiscal em conformidade com o inc. IV do art. 122 do RPAF/99. Ademais, observo que o argumento trazido na defesa não é capaz de elidir a autuação, pois a infração apurada foi “omissão de saída” e, portanto, a citada nota fiscal de entrada serviria apenas para agravar a autuação, aumentando a omissão de saída. Também ressalto que a Nota Fiscal nº 1743, referente à saída de 28 toneladas do produto em questão, foi devidamente incluída na relação das operações de saídas, conforme se pode observar à fl. 40.

Quanto à emissão da nota fiscal de entrada e à apropriação extemporânea do crédito fiscal correspondente ao suposto retorno das mercadorias, poderá o autuado, querendo, buscar orientação junto à repartição fiscal de seu domicílio fiscal sobre como proceder, pois tais matérias não estão incluídas na competência deste órgão julgador administrativo. Saliente, no entanto, que a matéria em questão está disciplinada nos artigos 101 e 102 do RICMS-BA.

Relativamente ao exercício de 2007, o autuado apenas questiona as omissões de saídas dos produtos Argila Organofílica e DC AQUALON PPAS TIPO I/CMC BU/AS TIPO I.

Quanto ao produto Argila Organofílica, a exigência fiscal não procede, pois a autuante não tinha computado a Nota Fiscal de Saída nº 2214, conforme se depreende do demonstrativo de fl. 46. Ao se considerar essa Nota Fiscal de Saída, com 14000 kg do produto em questão, a omissão de saída que tinha sido apurada desaparece.

No que tange ao produto DC AQUALON PPAS TIPO I/CMC BU/AS TIPO I, a acusação também não merece prosperar, pois, na auditoria fiscal, na relação das saídas (fls. 43 a 46), não foi considerada a saída de 15.000 kg, amparada pela Nota Fiscal nº 2160 (fl. 136), sob o nome de CMC BU/AS TIPO I. Ao se computar essa operação, a omissão de saída desaparece.

Em relação às omissões de saídas dos produtos Baritina e Carbonato de Cálcio Fino, o autuado não se defendeu. Dessa forma, quanto a esses produtos, a imputação subsiste integralmente.

Em face do acima comentado, a infração 1 subsiste parcialmente no valor de R\$ 3.698,46, conforme apurado pela autuante na informação fiscal.

A infração 2 trata de omissão de operações de entradas de mercadorias no exercício fechado de 2008, tendo a auditoria abrangido os produtos Cloreto de Sódio e Argila Ativada.

Quanto ao produto Cloreto de Sódio, o autuado reconhece a procedência da autuação.

Relativamente ao produto Argila Ativada, o autuado argumenta que a diferença apurada pela autuante decorreu de erro na totalização das Notas Fiscais nºs 4073 (fl. 137) e 4074 (fl. 138). Segundo a defesa, essas notas totalizam 40 toneladas e, no entanto, foram consideradas como sendo 67 toneladas. Examinando essas referidas notas fiscais e o demonstrativo de fl. 51, constata-se a procedência do argumento defensivo. A autuante, na informação fiscal, reconheceu esse fato e efetuou a devida correção. Dessa forma, relativamente ao produto Argila Ativada, a acusação não subsiste e, portanto, a infração 2 fica parcialmente caracterizada no valor de R\$ 2.364,13.

Em face do acima exposto, as infrações 1 e 2 subsistem parcialmente nos valores de, respectivamente, R\$ 3.698,46 e R\$ 2.364,13, o que totaliza R\$ 6.062,59, conforme o demonstrativo de débito apresentado a seguir:

DATA OCORR.	B. CÁLCULO	ALÍQ.	MULTA	VALOR
31/12/06	15.680,00	17%	70%	2.665,60
31/12/07	6.075,64	17%	70%	1.032,86
31/12/08	13.906,65	17%	70%	2.364,13
DÉBITO TOTAL				6.062,59

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 6.062,59, conforme o demonstrativo de débito acima, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Por força do disposto no art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, a Junta de Julgamento Fiscal submeteu o acórdão prolatado à apreciação de uma das Câmaras de Julgamento Fiscal.

O sujeito passivo, de seu turno, interpôs o Recurso Voluntário de fls. 201/208, preliminarmente, suscitando a nulidade do Auto de Infração, ao argumento de que se encontra fundamentado em presunção e em portaria. Transcreve as infrações que compõem o lançamento, bem como artigos da Portaria 445/98 e do RICMS-BA e aduz que não há provas das omissões de saídas e entradas de mercadorias. Observa que a autuante poderia ter efetuado a auditoria com base nos livros e documentos fiscais, porém optou por utilizar as inconsistências contidas nos arquivos do Sintegra.

Destaca que somente lei em sentido estrito pode dispor sobre ICMS e que portaria editada pelo Secretário da Fazenda não pode inovar a ordem jurídica, sendo, por conseguinte, inconstitucional e ilegal a Portaria nº 445/98.

Conclui que o Auto de Infração deve ser julgado nulo, restituindo-se-lhe o valor indevidamente recolhido de R\$8.903,20, conforme prova o DAE anexo à fl. 131.

No mérito, em relação à infração 1 (no exercício de 2006), alega que a suposta omissão de saídas de 28 toneladas de Argila Ativada (Bentonita) corresponde à Nota Fiscal nº 1743, emitida por seu estabelecimento em 11 de novembro de 2006, a qual não foi recebida pelo destinatário e que, por descuido do seu funcionário, não foi emitida a nota fiscal de entrada para repor a mercadoria no estoque. Argumenta que, assim, houve uma dupla saída da mesma mercadoria, com dupla tributação, e, além disso, diz que recolheu o valor de R\$2.665,60, conforme DAE juntado à fl. 131. Por fim, observa que a operação pode ainda ser regularizada, mediante a emissão da nota fiscal de entrada referente ao retorno das mercadorias, a teor dos artigos 93, § 3º, e 101, §§ 1º e 2º, do RICMS-BA. Para provar o alegado, pede a realização de “exame pericial”.

Argumenta que a multa de 70% não pode ser aplicada, pois o valor total da condenação (R\$6.062,59) já havia sido pago e acatado pela Junta de Julgamento Fiscal.

Ao finalizar seu Recurso Voluntário, o autuado solicita que seja declarada a nulidade do Auto de Infração, com a restituição dos valores pagos. Caso seja ultrapassada a preliminar de nulidade, pede que o Auto de Infração seja julgado improcedente ou acolhido o valor recolhido, de R\$8.903,20 (fl. 131).

A PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 215/216, aduz que o recorrente repetiu os mesmos argumentos da peça defensiva, apesar de já terem sido acatados, em parte, na Decisão recorrida.

Acrescenta que não foram trazidos elementos ou provas capazes de provocar a revisão do acórdão da primeira instância, devendo ser rechaçados todos os argumentos recursais referentes à inconstitucionalidade do RICMS/97 e da Portaria nº 445/98, em face do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Considera que as descrições dos fatos estão claras e comprovadas pelos demonstrativos anexados pelo autuante e que a presunção relativa da infração 2 está arrimada expressamente na legislação e sempre poderá ser elidida pelo contribuinte, o que foi feito em parte neste lançamento tributário.

Também entende desnecessária a produção de perícia técnica, não só por conta dos elementos probatórios já serem suficientes ao deslinde das questões, como também porque a matéria não exige o conhecimento específico de técnicos.

No mérito, aduz que o recorrente não apresentou nenhuma prova capaz de demonstrar a existência de imprecisões no levantamento quantitativo, opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Verifico que a infração 1 trata de falta de recolhimento do ICMS em razão da constatação de omissões de saídas de mercadorias apuradas em levantamento quantitativo de estoques, nos exercícios de 2006 e 2007, enquanto que, na infração 2, o imposto é exigido em face da ocorrência de presunção de saídas de mercadorias anteriormente efetuadas, constatadas também após a realização de levantamento quantitativo.

Não acato as preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente, uma vez que os fatos foram bem descritos e os demonstrativos das infrações encontram-se acostados aos autos, não havendo que se falar em cerceamento ao direito de defesa. Ademais, na infração 2, o imposto foi lançado

por presunção, com fundamento na regra prevista no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, e não no RICMS/97 ou na Portaria nº 445/98, como alegado pelo recorrente.

A Portaria nº 445/98 trata apenas dos procedimentos que devem ser adotados para a realização de levantamento quantitativo de estoques. Assim, o lançamento tributário está assentado na Lei do ICMS, não sendo competente, este Órgão Julgador, para declarar a constitucionalidade da legislação, nos termos do artigo 167, I, do RPAF/99.

Com relação aos arquivos do SINTEGRA, cumpre salientar que as informações neles inseridas são de responsabilidade do próprio sujeito passivo, não se podendo simplesmente desprezá-los diante da alegação genérica de que são ineficazes para fins de levantamento fiscal. Ademais, se há equívocos na alimentação do SINTEGRA, caberia ao sujeito passivo indicar de modo específico tais equívocos, apresentando as provas documentais necessárias à correção, o que, entretanto, não foi feito no caso dos autos de modo integral. As provas documentais que revelavam erros do SINTEGRA apresentadas pelo sujeito passivo foram acatadas pela autuante ou pela Junta de Julgamento Fiscal, mantendo-se, entretanto, os demais dados, por não terem sido alvo de provas capazes de elidir a acusação fiscal.

Assim, não merecem acolhimento as nulidades arguidas.

Indefiro também o pedido de perícia, porque considero as provas acostadas aos autos suficientes para a formação do convencimento deste Colegiado. Ademais, a matéria posta em discussão não exige o conhecimento especial de técnicos e o recorrente, pelo fato de possuir os livros e documentos fiscais, poderia ter trazido as provas que considerasse necessárias à comprovação de suas alegações, nos termos do artigo 147, II, do RPAF/97.

No mérito, constato que a Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente o débito referente ao exercício de 2006 (R\$2.665,60) da infração 1, sendo, tal Decisão, objeto do Recurso Voluntário interposto.

O recorrente alegou que a diferença apurada pela autuante, de 28 toneladas de Argila Ativada, é decorrente da falta de emissão de nota fiscal de entrada de mercadorias não recebidas por seu cliente e posteriormente saídas por meio da nota fiscal nº 1743 e que, além disso, efetuou a quitação do valor do débito, consoante o DAE juntado à fl. 131.

Não há, entretanto, provas da alegação do contribuinte. Ademais, o acatamento de sua tese defensiva levaria ao agravamento do ilícito tributário, pois, se fosse incluída uma nota fiscal de entrada da suposta mercadoria retornada, haveria um aumento na quantidade de omissão de saídas apontada no levantamento fiscal, como bem ressaltou a Decisão recorrida.

Quanto à emissão da nota fiscal de entrada e à apropriação extemporânea do crédito fiscal correspondente ao suposto retorno das mercadorias, poderá o recorrente procurar a repartição de seu domicílio fiscal, pois tais matérias não estão incluídas na competência deste órgão julgador administrativo. Entendo, por tais argumentos, que não deve ser provido o Recurso Voluntário.

No que tange ao Recurso de Ofício, a sua interposição decorreu da redução do débito relativo à infração 2 – exercício de 2008 (para R\$1.032,86) e ao exercício de 2007 da infração 1 (para R\$2.364,13), tudo com base na revisão fiscal procedida pela autuante, após o acatamento das alegações defensivas. Analisando os autos, considero que não merece reforma a Decisão recorrida, no particular, pois embasada nos demonstrativos de fls. 149 e 150, em que o preposto fiscal reconheceu a legitimidade das provas trazidas pelo sujeito passivo em sua peça defensiva. Sendo assim, considero correta a Decisão de piso, sendo também não provido o Recurso de Ofício.

Verifico pelo DAE juntado à fl. 131, que o contribuinte recolheu a importância de R\$8.903,20 no dia 29/07/10 (após a lavratura deste Auto de Infração), devendo ser homologada pela repartição fazendária a quantia recolhida aos cofres estaduais.

Finalmente, a multa de 70% deve constar, em tese, da autuação, pois está prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, para a hipótese dos autos, salientando que a redução da multa, caso tenha o contribuinte direito a tal benefício, deverá ser aplicada pelo Setor competente da SEFAZ, no momento da homologação, consoante cálculo do DAE à fl. 131 e discriminação do pagamento à fl. 140. Vale observar que, no momento da emissão do DAE, foi aplicada a redução da multa em virtude de o recolhimento ter sido realizado no prazo de 30 dias da ciência do Auto de Infração.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo a Decisão recorrida, por estes e pelos seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 281077.0004/10-4, lavrado contra CARBOFLEX PRODUTOS E SERVIÇOS ESPECIAIS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$6.062,59, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, com a redação vigente à época dos fatos geradores da obrigação tributária, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS