

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0001/10-8
RECORRENTE - NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0068-05/11
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 21/09/2012

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0269-12/12

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 através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Realização de diligência fiscal possibilitou que o débito fosse reduzido. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, tempestivo, interposto em face da Decisão primária que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, exigindo do autuado o valor total de R\$343.157,06, acrescido das multas de 60% e 70% previstas no art. 42, II, “d”; IV, “b”; e III, da Lei nº 7.014/96, além dos acréscimos legais.

O Auto lavrado contra o recorrente em 29/03/2010 decorre de quatro infrações, contudo, reconhecida a infração 01, e não atacadas as infrações 03 e 04, resta objeto do Recurso Voluntário apenas a infração 02, como segue:

***Infração 2** - Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigida a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada. ICMS: R\$ 330.990,37 – Multa de 70%; Exercício de 2009.*

Da apreciação dos argumentos defensivos alegados pelo autuado, além das contra razões do fiscal autuante, a 5ª JF, em Decisão unânime, decidiu pela procedência parcial da autuação julgando totalmente procedente as infrações 1 e 2, e parcialmente procedente as infrações 3 e 4, com os argumentos que transcrevo abaixo:

“VOTO

(...)

No mérito, a empresa autuada reconhece o cometimento da infração 1. Fica mantida, pois fora da apreciação deste CONSEF.

A infração 2 decorreu do levantamento quantitativo de estoques, relativo ao exercício de 2009, no qual foram constatadas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, e está sendo exigido o ICMS sobre a que acusou o maior valor monetário, no caso as operações de entradas.

Esta escolha sobre o maior valor monetário decorre de norma contida na Portaria nº 445/98, que disciplina sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias.

O levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, se o valor da omissão de entrada é maior do que a omissão de saídas, deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem

lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadoria autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º). (Art. 13, II, “a” da Portaria nº 445/98).

Na peça de defesa o sujeito passivo aponta que notas fiscais de compras registradas no livro Registro de Entradas, estavam ausentes no arquivo magnético. Também que notas fiscais de compras não registradas no livro fiscal também estavam ausentes nos arquivos magnéticos. Apontou ainda quantidades de produtos no Inventário inicial que foram inseridas, erradamente, no levantamento. Assim, aduz que refez o levantamento e as omissões caíram para o valor de R\$ 19.397,89. Pede também a concessão de prazo para defender as omissões de saídas.

Contudo, embora os argumentos acima devam ser levados em consideração, o autuante ao analisar a peça de defesa rebate os argumentos acima, e salienta que a fiscalização nada mais fez do que apurar o que o representante do autuado constatou no se “estudo”. Apontou que os relatórios, Anexos I e II, elaborados pelo autuado estão eivados de incorreções, como demonstrou por amostragem, posto que se analisasse cada item corresponderia à execução de nova fiscalização, tais como:

No Anexo I (fl.194) para o produto 107 Cola Escolar 40 Gr o autuante apurou um total de entradas de 3.669 unidades enquanto o autuado relacionou 3.671 unidades.

....

*1 - NF 8757 de 12/06/2009 com **1 unidade** da mercadoria código **107** emitida, conforme informação do autuado pelo CNPJ 04.507.020/0001-04 (este CNPJ, conforme pesquisa efetuada no site da RFB pertence a empresa DANARF LOCADORA DE VEÍCULOS LTDA (Anexo 03). Verificado o arquivo integra nele consta a nf 8757 porém com **1 unidade** da mercadoria código **1413** e emitida pelo CNPJ 00.809.908/0001-40 pertencente a C M CASTRO DE OLIVEIRA (Anexo 04).*

*2 – NF 17849 de 19/08/2009 com **1 unidade** da mercadoria código **107** emitida, conforme informação do autuado pelo CNPJ 01.987.521/0001-47 (este CNPJ, conforme pesquisa efetuada no site da RFB pertence a empresa OSVALDO DE SOUZA SANTOS COLONIA (Anexo 05). Verificado o arquivo integra nele NÃO consta a referida nf, tampouco o autuado anexou sua cópia na defesa.*

No Anexo I (fl.194) para o produto 1750 Cola Escolar 1 KG o autuante apurou um total de entradas de 581 unidades enquanto o autuado relacionou 1481 unidades.

....

*1 - NF 13736 de 02/02/2009 com **300 unidades** da mercadoria código **1750** emitida, conforme informação do autuado pelo CNPJ 25.575.077/0001-10 (este CNPJ, conforme pesquisa efetuada no site da RFB pertence a empresa GR QUIMICA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA (Anexo 06). Verificado o arquivo integra nele consta a nf 13736 porém com **2 unidades** da mercadoria código **477** e emitida pelo CNPJ 01.430.076/0001-10 pertencente a MARIA HELENA COSTA DE ANDRADE (Anexo 07).*

*2 – NF 4048 de 21/12/2009 com **600 unidades** da mercadoria código **1750** emitida, conforme informação do autuado pelo CNPJ 93.762201/0001-07 (este CNPJ, conforme pesquisa efetuada no site da RFB pertence a empresa FRAMA INDUSTRIA GRÁFICA LTDA (Anexo 08). Verificado o arquivo integra nele consta a NF 4048 emitida pelo CNPJ 05.078.963/0001-21 da firma J V C COMÈRCIO DE PLÁSTICOS LTDA (Anexo 09) mas nela não consta a mercadoria código **1750**. Tampouco o autuado anexou sua cópia na defesa.*

Também o sujeito passivo tenta elidir a ação fiscal com a apresentação de cópias de notas fiscais, por ele emitidas, as quais, conforme sua própria informação, não constam nos arquivos Sintegra, por ele enviados à SEFAZ. As referidas notas fiscais, emitidas a partir de agosto de 2009, têm como natureza da operação “retorno de mercadoria de depósito fechado”, fls. 275 a 299. Contudo, não as aceita, haja vista que o depósito fechado foi inscrito na SEFAZ em 06/05/2009, Inscrição cadastral nº 82.776.659, e solicitou em 18/05/2009, autorização para impressão de documentos fiscais (Anexo 10). Não obstante esta inscrição cadastral regular, na escrita fiscal e contábil do sujeito passivo não consta nenhuma nota fiscal destinada a depósito fechado, conforme pronunciamento do auditor fiscal. Tampouco o depósito fechado apresentou DMA relativa ao exercício de 2009, o que faz presumir que não houve movimentação de mercadorias naquele período. Destaco que as notas fiscais estão anexas fls. 278 a 299, 314 a 342, 348 a 349, 356 a 365; 378 a 380; 386 a 388; 404 a 417; 428 a 435.

De fato, há legislação específica para os depósitos fechados, disciplina no capítulo VI, Seção I do RICMS/97, arts. 663 a 666, e estas não foram atendidas pelo sujeito passivo.

Deste modo, a infração fica mantida em sua totalidade.

(...)

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

Protocolizado Recurso voluntário tempestivo, colacionados às fls. 612 a 617, além de anexos de fls. 618 a 986, o contribuinte vem aos autos para dizer que fixará suas razões na infração relativa ao levantamento dos seus estoques no exercício de 2009. Quanto ao recolhimento dos impostos derivados das operações de compra e /ou venda, diz estão regulares, com base em documentos e regular escrituração. Quanto a matriz de dados que gerou os arquivos transmitidos à SEFAZ, diz que estavam defeituosos, o que interferiu contra si no trabalho fiscal de levantamento do seu estoque – refere-se à possibilidade, à época, da identificação do problema se cotejado *“os valores presentes nos recibos de transmissão e aqueles que estiveram à disposição nos livros de registro de entradas e saídas”*

Aduz que fazendo uma rápida análise dos meses de novembro e dezembro de 2009, encontra totais de compras de R\$7.022,55 e R\$13.162,93, respectivamente, o que se traduz em valores incoerentes com a movimentação mensal habitual do recorrente, haja vista que nos meses finais do ano realiza seus maiores volumes de compras, sobretudo em se tratando da atividade de papelaria. Aduz que para os produtos cujas omissões de entrada situaram-se acima de R\$15 mil, verificou que as notas fiscais de entrada que estavam ausentes do levantamento, contudo, presentes em seus arquivos. Elabora demonstrativo que faz juntar ao seu Recurso, e diz que *“Nele verificamos que o rol de produtos que juntos somavam mais que R\$ 700 mil de base de cálculo, computadas estas entradas omissas reduzem-se para apenas R\$ 13 mil”*. Completa asseverando que *“várias omissões de saída que foram identificadas como “zero” surgiram com valores até expressivos”*.

Cita e transcreve o art. 142, XI, do RICMS/BA, e diz que atendeu aos ditames da norma e, diante das diferenças observadas entre o levantamento fiscal e o seu próprio, verificou que muitas *“notas fiscais que estavam escrituradas nos livros fiscais e lançadas também no sistema operacional não estavam entre os dados dos arquivos magnéticos”*. Entende que houve deslizos de ordem pessoal no lançamento das operações, bem como provável *“lapso”* no software que promove a organização dos dados, tudo sem qualquer intenção de omitir as ditas que se referem entradas efetivas do exercício, o que lamenta. Elabora documento intitulado *“comparativo dos valores das entradas e saídas em 2009”* com o fito de demonstrar o total das suas compras ocorridas em 2009, todas escrituradas no LRE, também anexo ao Recurso.

Ainda referindo-se ao documento que elaborou, diz que comparados os lançamentos no LRE e no arquivo magnético, apurou divergência em todos os meses, verificando entradas de R\$6.298.778,44 no primeiro e de apenas R\$4.365.235,61 no segundo. Aduz também que as distorções se revelam no recibo de transmissão de janeiro de 2009 que aponta o Registro 50 zerado, enquanto que no mês de abril o valor do ICMS ultrapassa a cifra de 10 milhões. Assevera que o imposto devido foi efetivamente pago. Aduz a nulidade do lançamento posto que nascido de fonte defeituosa, viciada e corrompida, porque insuficientes os dados que fundamentaram o trabalho do fiscal.

Reconhece a sua responsabilidade pela produção dos arquivos, contudo, diz que apenas pôde verificar a sua inconsistência após a lavratura do Auto de Infração. Junta ao seu Recurso Voluntário volume considerável de documentos no propósito de elidir a acusação fiscal. Pugna pelo refazimento do procedimento fiscal, na hipótese de não se consiga *“vislumbrar a imperiosidade da nulidade”*.

Arremata asseverando que da sua *“... avaliação anterior, informada na DEFESA, se fossem incluídas todas aquelas notas fiscais de entrada, as omissões de entrada totais cairiam de R\$ 1.947.002,17 para cerca de R\$ 19 mil.”*.

Pugna pela admissão do seu Recurso e para que seja considerada nula a autuação, por ter se lastreado numa base de dados não condizente com a escrituração fiscal oficial, tempestivamente disposta antes da ação fiscal sobre a empresa. Alternativamente, pede a renovação do procedimento.

A Dra. Maria José Coelho Lins de A Sento-Sé, Procuradora da PGE/PROFIS, em manifestação às fls. 993/994, recomendou, ante as provas colacionadas aos autos pelo recorrente, que os autos fossem convertidos em diligência à ASTEC para que fossem confrontados os documentos fiscais e os arquivos magnéticos utilizados na elaboração do quantitativo de estoque.

Incluso em pauta suplementar do dia 29/09/2011, fls. 996, os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal decidiram por converter o feito em diligência à Infaz de Origem para que o fiscal autuante analisasse e se manifestasse a respeito dos documentos e demonstrativos juntados aos autos pelo recorrente, verificando se os referidos documentos foram ou não considerados nos demonstrativos fiscais que deram azo à exigência fiscal discutida.

Em resposta à diligência requerida o fiscal autuante se manifestou dizendo que em face do grande volume de documentos juntados pelo recorrente, o que implicaria em extenso retrabalho, intimou o recorrente para retificar os seus arquivos magnéticos relativos ao ano de 2009, de maneira a que reflitam os dados dos seus documentos fiscais.

A conclusão a que chegou o autuante, com base nos novos arquivos enviados pelo recorrente foi de que *“a omissão de entradas que no levantamento primitivo era de R\$1.947.002,17 com ICMS de R\$330.990,37 passou a ser de R\$1.892.768,56 com ICMS no valor de R\$321.770,65.”*. Junta demonstrativos e arquivos em mídia CD.

Há, à fl. 1.019, Termo de Entrega de Relatório em Mídia Magnética, devidamente recebido pelo representante do recorrente.

A Dra. Maria Helena Cruz Bulcão, também Procuradora da PGE/PROFIS, exara Parecer conclusivo, fls. 1.023/1.024, opina pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto, com fundamento nas conclusões do Fiscal autuante, cujos demonstrativos estão colacionados às fls. 1.004/1.005.

VOTO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, a rigor do art. 169, inciso I, alínea “b”, do Decreto nº 7.629/99 – RPAF, no sentido de modificar a Decisão da 4ª JJF deste CONSEF, acórdão JJF 0068-05/11, com o propósito de desobrigá-lo do pagamento do quanto lhe é exigido.

O Recurso que ora se discute tem assento nas acusações fiscais de haver o contribuinte deixado de recolher o ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, daí exigida a diferença de maior expressão monetária, no exercício de 2009.

A nulidade suscitada pelo recorrente diz respeito ao fato de que o levantamento fiscal se deu em bases defeituosa, viciada e corrompida, porque os dados constantes dos arquivos que remeteu à SEFAZ eram insuficientes e não demonstravam a realidade das suas operações, motivo que também motivou o seu pedido refazimento do procedimento fiscal.

Com fundamento no Regulamento de Processo Administrativo Fiscal da Bahia – Decreto 7.629/99, sobretudo o art. 39, onde estão presentes todos os requisitos necessários à lavratura do presente Auto de Infração, vejo que os argumentos recursais falecem de razões plausíveis. Constatado que não há nos autos quaisquer elementos que indiquem a existência de erro quanto à determinação do infrator e quanto à capitulação da infração, restando suficientes os elementos presentes aos autos para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Devo registrar, por oportuno, que não se vislumbra qualquer dúvida quanto ao enquadramento da conduta do sujeito passivo ao fato típico especificado na legislação, bem como não se verifica qualquer incorreção na determinação da base de cálculo do imposto que se exige, vez que da análise dos papéis de trabalho do fiscal autuante, se pode verificar o quanto se pretende exigir do sujeito passivo, bem como tais valores foram obtidos através dos arquivos magnéticos enviados pela próprio recorrente.

Por tudo isso, presentes os requisitos à lavratura do Auto de Infração que deu origem a este PAF, com fundamento na Lei do ICMS do Estado da Bahia – Lei nº 7.014/96 e no RPAF/99, afasto as preliminares atinentes à nulidade do Auto de Infração, pois, não vislumbro enquadramento nas possibilidades do art. 18 do RPAF/99.

Avançando, a tese recursal remete a dissonância entre os dados contidos nos arquivos magnéticos enviados à SEFAZ e os dados escriturados em seu LRE, amparados por farta documentação fiscal jungida a este PAF. Suscitada a dúvida, o feito foi convertido em diligência para que se fizesse o cotejo das informações fornecidas ao fisco e as contidas na escrita fiscal do recorrente.

O que se depreende da diligência realizada pelo fiscal autuante é que foi oportunizado ao Recorrente a reconstituição/correção dos seus arquivos magnéticos com base nas suas próprias informações, de onde o preposto do fisco concluiu que assiste parcial razão ao Recorrente, implicando na redução da exigência fiscal contida na infração 2.

Destaco que apesar de todo o esforço do recorrente no sentido de demonstrar que os documentos juntados ao seu Recurso Voluntário teriam o condão de elidir a acusação fiscal, mesmo diante de uma pequena redução em relação à exigência originária, da qual tomou ciência, não se manifestou. Desse modo, verificando que o novo demonstrativo fiscal elaborado pelo Fiscal autuante derivou dos novos arquivos magnéticos enviados pelo recorrente, por solicitação do autuante, vejo que remanesce a exigência fiscal para a infração 2 no montante de R\$321.770,65.

Pelo exposto, sobretudo porque foi garantido à Recorrente a possibilidade de recompor seus arquivos magnéticos, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232943.0001/10-8**, lavrado contra **NOVA DANARF DISTRIBUIDORA DE PAPELARIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$333.937,34**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.555,49 e 70% sobre R\$324.381,85, previstas no art. 42, incisos II, “d”, VII, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de setembro de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ ANTONIO MARQUES RIBEIRO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS