

A. I. N° - 298627.0001/11-0
AUTUADO - GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.
AUTUANTE - VINICIUS MIRANDA MORGADO
ORIGEM - INFAZ/VAREJO
INTRNET - 04.04.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. COMBUSTÍVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. 2. VENDAS ATRAVÉS DE CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido. Infração subsistente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. BENS DO ATIVO FIXO. Infração reconhecida. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Documentação apresentada pela defesa não são capazes de elidir imputação. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Defesa reconheceu a procedência da cobrança. Infrações comprovadas. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração subsistente reconhecida pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2011, exige ICMS e aplica multa no valor histórico de R\$34.383,42, em decorrência de:

INFRAÇÃO 01 – 04.05.08 - Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias, sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2006 e 2007. ICMS devido de R\$12.687,09.

INFRAÇÃO 02 - 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercícios fechados de 2006 e 2007. ICMS devido de R\$4.440,48.

INFRAÇÃO 03 – 05.08.01 - Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.” ICMS devido de R\$3.445,98.

INFRAÇÃO 04 - 06.01.01 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento.” ICMS devido de R\$432,06.

INFRAÇÃO 05 – 07.01.01 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas no anexo 88. ICMS devido de R\$9.328,58.

INFRAÇÃO 06 - 07.01.02 - Efetuiu o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexo 88. ICMS devido de R\$3.463,23.

INFRAÇÃO 07 – 16.01.02. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa no valor de R\$ 586,00.

O autuado, as folhas 990 a 1.044, ao impugnar o lançamento tributário informa que decidiu recolher os valores referente as infrações 04 e 07.

Como preliminar de nulidade, aduz que os funcionários da contabilidade da empresa não tiveram chance de se pronunciarem sobre os lançamentos fiscais, antes da sua lavratura, entendendo que houve cerceamento do direito de defesa.

Argumenta que os fatos registrados e a profusão interminável de dispositivos legais do RICMS dados como infringidos, em cada suposta infração geram insegurança para a impugnante quanto à sua natureza, ao valor real do débito e, quanto ao fato específico sobre o qual deve ela defender-se:

- a) Se sobre omissão de entradas apuradas mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria.
- b) Se sobre ICMS lançado e recolhido a menos e qual seu valor real;
- c) Se sobre diferença de alíquota;
- d) Se sobre ICMS por antecipação não recolhido e qual o montante real;
- e) Se sobre que Notas Fiscais não escrituradas obtidas no CFAMT e valores;
- f) Se sobre mercadorias não tributáveis não escrituradas.

Diz que o autuado também não tem como identificar, com segurança, em face do grande número indicado, quais infrações a ela imputadas foram cometidas, importando, mais uma vez, em um

claro e manifesto cerceamento de seu Direito de Defesa, o que fulmina as infrações 01, 02, 03, 05 e 06 do AI, ratificando a nulidade absoluta do PAF, nos termos do art. 18, inciso II e IV, alínea “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (Dec. 7629/99).

No mérito, em relação a infração 01 alega que o primeiro equívoco cometido pela fiscalização reside na análise incompleta realizada, perda nas apurações e está registrado nos Anexos de 01 a 22 que elaborou. As diferenças apontadas nas entradas de mercadorias não equivalem à omissão sem escrituração de notas fiscais, já que todas as operações de comercialização da empresa estão lastreadas em documentação fiscal hábil.

Aduz que, para comprovar o quanto alega, apresentará dentro de 20 (vinte) dias demonstrativo indicando as mercadorias, o número das notas fiscais e a data da transação.

Acredita que o autuante foi induzido ao engano pelo método que o fisco tem adotado para a apuração quantitativa. Este deixa escapar, em inúmeros documentos fiscais, a identificação de mercadorias e seus quantitativos que não são computados por deixarem dúvidas quanto a nomes e codificação, o que poderia ser esclarecido no ato por funcionários da contabilidade da empresa, ou seja, onde falta mercadoria consideradas as notas fiscais computadas pode sobrar em outras e zerando as diferenças.

Cita como exemplos:

- 1) No exercício de 2007 a Auditoria e Estoques no item Tamanco Renata Melo há uma Entrada de 1.984 pares e uma saída de 2.059 pares foi detectada uma diferença de 146 pares quando a diferença é de 75 pares.
- 2) Exercício de 2007, tamanco Modena, Ref. 29102, Entrada de 504 pares, saída de 539, foi constatado uma diferença de 35 pares e a diferença é de 35 pares.
- 3) Exercício de 2006, Tênis Olimpikus Nuclear, Entrada de 49 pares, Saída de 68 pares, diferença constatada diferença de 24 pares e a diferença é de 19 pares.
- 4) Exercício de 2006, Sandália Democrata, Ref. 29/2006, Entrada de 121 pares, saída de 124 pares, diferença apurada pelo fisco 22 pares, diferença real 3 pares.
- 5) Exercício 2006, Sandália Crisális, Ref. 1524, Entrada de 507 pares, Saída de 428 pares, diferença apontada pelo fisco 70 pares, diferença real 70 pares, diferença real 79 pares.

Quanto a infração 02, aduz que o autuante adotou o mesmo critério abordado no item anterior (Infração 01), concluindo pela falta de recolhimento de ICMS por antecipação tributária, decorrente de suposta omissão de registro de entrada de mercadorias, mais um grave equívoco, motivado pelas inconsistências do seu levantamento fiscal, nos mesmos Anexos de 01 a 22, acima citado. Para o caso tem as mesmas justificativas do anterior.

Diz que apresentou acima alguns erros da lavra do preposto fiscal que confirmam as afirmações da impugnante, alegando que apresentará um levantamento completo para comprovar sua tese defensiva.

Relativamente a infração 03, diz que pediu as credenciadoras dos cartões informação sobre a matéria, não recebidas até data do fechamento da defesa. Mesmo assim, detectou erros de apuração do auditor, informando que, posteriormente, apresentará planilha demonstrativa, conforme estabelece o RPAF.

Em relação a infração 05, assevera que a empresa não pediu, nem adquiriu as mercadorias arroladas originárias de outra unidade da Federação. As fornecedoras praticaram o que no comércio se denomina de “pedido frio”, a impugnante se recusou a recebê-los tendo as próprias “vendedoras” se encarregado de fazer retornar as mercadorias. As vias das Notas Fiscais devem ter sido recolhidas pelo CFAMT, certamente as fornecedoras não cientificaram o fisco baiano do ocorrido. Acrescenta que anexa declaração provisória de um dos “fornecedores” que posteriormente será substituída pela definitiva visada pelo fisco do domicílio do contribuinte, esta em tramitação burocrática, a Nota Fiscal de Entrada nº 438386 da Crysalis e cópia do Livro

de Registro de Entradas da Stebras que comprovam o retorno e Entrada da mercadoria ao destinatário, “fornecedor”.

No tocante a infração 06, a alegação de que a impugnante efetuou o recolhimento a menos de ICMS por antecipação, não procede. Diz que apresentará planilha demonstrativa dos pagamentos realizados e cópias dos respectivos DAE's para espantar qualquer dúvida quanto ao assunto.

Ao final, requer nulidade das infrações 01, 02, 03, 05 e 06; a realização de diligência por fiscal estranho ao feito e a improcedência das infrações.

O auditor autuante, fls. 1.019 a 1.024, ao prestar a informação fiscal, salienta que a defesa solicita prorrogação de 20 (vinte) dias para apresentação da prova documental completa, em face da impossibilidade de obter de terceiros fornecedores, a tempo, documentos comprobatórios. Além disso, alega prazo exíguo para elaboração de extensos demonstrativos para serem comparados com o levantamento de fôlego realizado pelo fisco, avocando o Inciso I, do § 5º do art. 123 do RPAF/99. Entretanto, o contribuinte não demonstra o motivo de força maior e muito menos consegue comprová-lo nos Autos, afastando, assim, a possibilidade de inclusão de novos documentos que permitam instruir argumentos com relação às infrações até então não defendidas.

No tocante a alegação de preterição do direito de defesa, pelo fato de que durante o curso da ação fiscal não foi dado conhecimento a contabilidade dos papéis de trabalho, salienta que este procedimento não tem previsão na legislação vigente e desta forma não há como se argüir o cerceamento do amplo Direito de Defesa.

Já com relação à segunda argumentação de nulidade, referente à falta de elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, não procede, pois o próprio Autuado se contradiz, durante sua defesa, no momento em que consegue identificar e relacionar as infrações, violações ao RICMS/BA e respectivas multas, reclamadas pelo Auditor Fiscal, objeto do presente Auto de Infração. Além disso, a alegação de que os fatos registrados e a profusão interminável de dispositivos legais do RICMS/BA dados como infringidos geram INSEGURANÇA para a impugnante quanto a sua natureza, ao valor real do débito e, quanto ao fato específico sobre o qual ela deve defender-se, não tem fundamento, pois nos Autos constam de forma muito clara a descrição das infrações e seus respectivos valores do ICMS, multas e acréscimos moratórios, bem como a vinculação com seus anexos correspondentes (p. 1 a p. 8).

No mérito, destaca que o contribuinte não aponta os documentos que o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias deixou escapar, prometendo comprovar o erro desta infração num prazo de 20 (vinte) dias por meio de demonstrativo, indicando as mercadorias, o número das notas fiscais e a data da transação. Para subsidiar o suposto erro no crédito reclamado por meio das infrações de nºs 01 e 02, a impugnante toma como exemplos alguns itens que integram o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias e efetua o cálculo das omissões com a simples diferença algébrica entre as entradas e as saídas, não levando em consideração os estoques inicial e final (p. 999 a p. 1.000). Portanto, desconhece que o não atendimento a equação ($\text{Estoque final} = \text{Estoque inicial} + \text{Entradas} - \text{Saídas}$) implica em omissão de Entradas ou Saídas de mercadorias.

Com relação a infração 03, aduz que o autuado alega ter detectado erros na apuração do Auditor Fiscal, sem, contudo, identificá-los, argüindo tempo insuficiente para apresentação de defesa.

Já com relação a infração 05 referente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em virtude da não de escrituração no Livro de Registro de Entrada das notas fiscais solicitadas ao CFAMT de números 92.490, 11.190, 412.106 115.479, 119.604, 130.906, 134.337 e 135.648, o Autuado alega que não pediu, nem adquiriu as mercadorias arroladas originárias de outra unidade da Federação. Informa que se recusou a receber as mercadorias, cabendo aos remetentes a atribuição de retorná-las ao Estado de origem, por se tratar do que no comércio se denomina de “pedido frio” praticado pelos fornecedores.

Com o objetivo de comprovar tal fato, o Autuado apensou ao presente Auto de Infração os

seguintes documentos:

- Declaração provisória de Devolução de Mercadorias da empresa PUMA SPORTS LTDA relacionando Nota Fiscal de Venda com respectiva Nota Fiscal de Devolução (p.1.010);
- Nota fiscal nº 412.106 da empresa CRYSLIS (p.1.011) e sua respectiva Nota Fiscal de devolução de nº 438.386 (p.1.012);
- Nota Fiscal nº 92.490 (p.1.013) e cópia do Livro de Registro de Entradas da empresa STEBRAS (p.1.014)

Argumenta que os fornecedores PUMA SPORTS LTDA, CRYSLIS e STEBRAS comercializam habitualmente com a autuada, causando estranheza ao autuante o fato de que as mesmas não confirmem todos os pedidos de seus clientes, arcando, assim, com despesas desnecessárias de frete e armazenamento.

Ressalta que se tomarmos como exemplo a Nota Fiscal nº 412.106 da empresa CRYSLIS destinada ao Autuado com data de saída em 10/10/2006, percebe-se que as mercadorias desta operação comercial permaneceram no Estado da Bahia por mais de cinco meses, gerando custos de armazenamento, bem como despesas com frete de fornecimento e devolução das mercadorias, pois sua respectiva Nota Fiscal de devolução de nº 438.386 tem data de emissão de 21/03/2007.

Em nenhum momento o autuado apresenta a nota fiscal de devolução com referência a nota fiscal de origem, junto com sua respectiva escrituração no Livro de Registro de Entradas por meio de documentos que comprovem sua autenticidade.

Finalmente, a Autuada alega que o recolhimento a menos do ICMS por antecipação total, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à infração nº 06, não procede. Entretanto, não apresenta qualquer documentação que conteste o crédito reclamado pelo autuante.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

Em nova manifestação defensiva, fls. 1.028 a 1.034, a defesa aduz que efetuou um cuidadoso trabalho, analisando os diversos lançamentos efetuados no PAF, levantou na contabilidade da empresa os elementos mais relevantes disponíveis, desaguardo nas demonstrações que ora está apresentando, inclusive corrigindo algumas informações que já havia adiantado na impugnação, boletos de cartões de crédito/débito em lista exaustiva e declaração de fornecedor. Citando: Infração 04 e 07 valores pagos conforme DAES (ANEXO 01); Infração 01 – Realizou a CONTAGEM DE PRODUTOS FISCALIZADOS – ENTRADAS, arrolando os itens mais representativos cuja diferença era grande, comparando no exercício de 2006 (ANEXO 02), CÓDIGO, PRODUTOS, NOTAS FISCAIS ENCONTRADAS, QUANTIDADES NAS NOTAS FISCAIS, QUANTIDADE INFORMADA NO ARQUIVO SINTEGRA e a DIFERENÇA APURADA.

Diz que os quantitativos das mercadorias arroladas são bastante diferentes dos apresentados no levantamento do auditor, provavelmente não submetidas a uma avaliação mais acurada, pois que os montantes das diferenças constatadas pela contabilidade da empresa praticamente zeram os valores lançados. O mesmo ocorreu no exercício de 2007 (ANEXO 03), utilizado o mesmo critério anterior de CONTAGEM DE PRODUTOS FISCALIZADOS – ENTRADAS, destacando as diferenças maiores.

No tocante a infração 02 – assevera que o levantamento referido no item acima também desautoriza os mesmos lançamentos realizados pelo auditor nesta suposta infração, bastando para compará-los com os demonstrativos (ANEXO 02 e 03).

Quanto Infração 03 – informa que apresenta o (ANEXO 04) CD, com os outros anexos indicados, listagem exaustiva da movimentação a débito e crédito dos cartões, para comparação com os levantamentos efetuados pelo auditor.

Relativamente a infração 05 – diz que anexa (ANEXO 05), DECLARAÇÃO da PUMA SPORTS LTDA, com firma reconhecida em cartório, na qual aquela empresa destaca que as notas fiscais arroladas pelo auditor e ali listadas não tiveram a compra confirmada pela defendente nem o crédito utilizado, tendo sido devolvidas, conseqüentemente retornando ao estoque da declarante. A Nota

Fiscal de Entrada nº 438386 da Crysalis que recepciona as mercadorias, que a fornecedora havia enviado via NF 412106, anulando a operação que pretenderam impor, foi anexada na impugnação. Cópia do Livro de Registro de Entradas da Stebras foi apensada na impugnação, comprovando a não aceitação das mercadorias que foram enviadas indevidamente, o seu retorno e entrada nos livros do destinatário/fornecedor.

No tocante a infração 06, aduz que constatou após minucioso exame que o fisco tem razão, houve recolhimento a menos do ICMS por antecipação. Informa que providenciará o recolhimento das parcelas.

Em face do exposto comprova-se que a empresa não adquiriu mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal e/ou cometeu qualquer outro tipo de irregularidade, as diferenças apontadas pelo fisco nas entradas de mercadorias não equivalem à omissão de escrituração de notas fiscais. Todas as operações de comercialização da empresa são lastreadas em documentação fiscal hábil.

Salienta que, é imperiosa, destarte, caso qualquer dúvida ainda persista, a realização de Diligência por Fiscal estranho ao Feito para sanar os erros advindos das imputações, nos termos do art. 145 do RPAF/99.

Diante dos fatos demonstrados e do direito exposto, a defendente mantém tudo quanto foi articulado na impugnação, protocolada no CONSEF, requerendo mais uma vez a declaração de nulidade das infrações 01, 02, 03 e 05 do Auto de Infração e/ou que se determine a revisão Fiscal por outro Auditor para confirmar o que aqui esclarece. Caso desta forma não entenda a Colenda JJF que se determine a improcedência do indigitado Auto.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 2ª. JJF decidido em converter o PAF em diligência para que o autuante se manifestar sobre a nova peça defensiva e os documentos acostado aos autos.

Em nova Informação fiscal, fls. 1.056 a 1.059, o autuante informa que na suas duas manifestações de defesa o contribuinte não demonstra o motivo de força maior e muito menos consegue comprová-lo, afastando, assim, a possibilidade de inclusão de novos documentos que permitam instruir argumentos com relação às infrações até então não defendidas. Dessa forma, diante dos motivos acima expostos, arguiu, preliminarmente, a intempestividade da segunda manifestação de defesa apensada ao processo em 30 de maio de 2011.

Frisa que na sua segunda manifestação de defesa o autuado afirma que efetuou um cuidadoso trabalho, analisando os diversos lançamentos efetuados no PAF pelo Auditor Fiscal, por meio de levantamento na contabilidade da empresa dos elementos mais relevantes disponíveis, permitindo, assim, a elaboração dos demonstrativos de contagem de produtos referente aos anos de 2006 e 2007 – Anexos 02 e 03 (p. 1.038 a p. 1.046) e comparativo de vendas com cartões de crédito/débito – anexo 04 contido no CD (p.1.047 e p. 1.050), inclusive corrigindo algumas informações que já havia adiantado na primeira manifestação de defesa (p. 990 a p.1.016). Além disso, reconhece a procedência da infração nº 06 (já havia reconhecido a procedência das infrações de nºs 04 e 07 na sua primeira impugnação) e anexa declaração do fornecedor PUMA SPORTS LTDA, com firma reconhecida em cartório, na qual aquela empresa destaca que as notas fiscais arroladas no PAF e ali listadas não tiveram a compra confirmada pela defendente nem o crédito utilizado, tendo sido devolvidas, conseqüentemente retornando ao estoque da declarante.

Salienta que analisando os demonstrativos de contagem de produtos referente aos anos de 2006 e 2007 – Anexos 02 e 03 (p. 1.038 a p. 1.046) que têm como objetivo identificar erros no procedimento de auditoria adotado na apuração das infrações nºs 01 e 02 referentes ao levantamento quantitativo de estoque, constatou que o autuado compara a quantidade de entrada de mercadorias por código de produto através de um levantamento em suas notas fiscais com a quantidade de entrada de mercadorias por código de produto demonstrada no anexo 02 – ano de 2006 (p. 39 a p.55) e no anexo 13 – ano de 2007 (p. 320 a p. 335), informada pelo próprio contribuinte por meio de arquivo magnético enviado ao banco de dados da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia. Neste demonstrativo, o autuado relaciona todas as mercadorias por código

de produto com suas respectivas notas fiscais de entrada, quando então poderia ser feito o cotejamento com o anexo 09 – ano de 2006 (p. 180 a p. 248) e anexo 20 – ano de 2007 (p. 441 a p. 498), possibilitando, assim, identificar e comprovar por meio de cópias em quais notas fiscais existe a suposta divergência das quantidades de entrada de mercadorias por código do produto.

Já com relação ao comparativo de vendas com cartões de crédito/débito – anexo 04 contido no CD (p.1.047 e p. 1.050), o autuado elabora uma lista exaustiva da movimentação a débito e crédito dos cartões, para comparação com os levantamentos efetuados pelo Auditor Fiscal. Após exame deste demonstrativo, verificou que o mesmo não evidencia qual o suposto erro cometido pelo Auditor Fiscal com relação a infração nº 03 que se refere a falta de recolhimento do ICMS em virtude de divergência entre os valores de vendas com cartões de crédito e de débito informados pelas administradoras desses cartões e os constantes nas leituras de redução Z e notas fiscais emitidas pelo contribuinte.

No que tange a infração nº 05, a Autuada anexa declaração da PUMA SPORTS LTDA, com firma reconhecida em cartório, na qual aquela empresa destaca que as notas fiscais arroladas no PAF e ali listadas não tiveram a compra confirmada pela defendente nem o crédito utilizado, tendo sido devolvidas, conseqüentemente retornando ao estoque da declarante. Portanto, o Autuado não apresenta documentação fiscal legal comprobatório deste fato, que só poderia ser feito através da nota fiscal de devolução com referência a nota fiscal de origem, junto com sua respectiva escrituração no livro de Registro de Entradas do Fornecedor por meio de documentos que confirmem sua autenticidade.

Com relação ao pedido de Diligência por Fiscal estranho ao Feito, com base no art. 147 do RPAF/99, solicita que seja indeferido, pois entende que os elementos contidos nos autos são suficientes para formação da convicção do julgador e pelo fato de que todos os documentos ou sua cópia simplesmente poderia ter sido juntada pelo Autuado.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em nova diligência para reabertura do prazo de defesa.

Em nova manifestação defensiva, fls. 1.068 a 1.071, inicialmente o autuado fez um breve histórico dos fatos.

Frisa que na informação fiscal o autuante combateu (infração 01 e 02) os documentos apresentados pela empresa, sem conceder-lhe a chance da análise comparativa com os levantamentos que realizou. Diz que a empresa apresentou uma análise quantitativa de estoques precisa e rica em elementos para a avaliação.

Quanto aos cartões de crédito (infração 03) a empresa entendeu ser de bom alvitre realizar uma apuração exaustiva que fosse além do incompleto levantamento realizado pelo autuante. Demonstrou que não há qualquer diferença entre o que vendeu e o que está registrado a débito ou crédito dos cartões.

Reportando-se as supostas compras realizadas (infração 05) a empresa comprova com declaração e outros registros, que não adquiriu as mercadorias arroladas, enquanto a informação fiscal alega que “a comprovação somente poderia ser feita através de nota fiscal de devolução” referindo-se a nota fiscal de origem, junto com a respectiva escrituração no livro de Registro de Entradas do Fornecedor, desconsiderando o que foi apresentado na impugnação e informação complementar. É uma posição absurda pois a impugnante não encomendou as mercadorias e as rechaçou sem permitir a entrada no estabelecimento.

Quanto ao mérito, portanto o auto não contém elementos suficientes (documentos fiscais, fatos, descrições destes, conforme a legislação vigente) para prosperar, o que o torna insubsistente, imperfeito, nulo, improcedente”, mesmo assim esclarecemos as demandas do fisco nas impugnações, consoante o RICMS-BA.

Ao final, reitera as impugnações anteriormente apresentadas e reforça o pedido de realização de Diligência por Fiscal estranho ao feito, caso qualquer dúvida ainda persista, para saneamento dos erros originários das imputações.

Em nova informação fiscal, fls. 1.081 e 1.082, o autuante aduz que em sua terceira manifestação defensiva o autuado não apresentou fatos novos, nem tão pouco apensou ao PAF a prova documental requerida na sua segunda informação fiscal por meio da diligência, fl. 1.058, o qual transcreveu:

“(...) identificar e comprovar por meio de cópias em quais notas fiscais existe a suposta divergência das quantidades de entrada de mercadorias por código do produto.”

Ressalta que o ônus da prova cabe ao contribuinte e não ao fiscal, citando o Acórdão CJF Nº 0277-11/11.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS em decorrência de 07 infrações.

Em sua defesa o autuado reconheceu as infrações 04 e 07, inicialmente, e posteriormente reconheceu a infração 06. Portanto, entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Acerca do pedido de diligência por fiscal estranho ao feito formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a” e “b”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide e o pedido do contribuinte se destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que encontram-se na posse do autuado e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve as infrações, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Quanto a arguição de nulidade por não ter havido uma defesa previa, antes da lavratura do Auto de Infração, também não pode ser acolhida pois é desprovida de qualquer embasamento legal. O contribuinte teve o prazo de defesa inicial de 30 dias após a ciência do Auto de Infração, conforme previsão legal, além de outros prazos decorrente das diligências realizadas, durante a fase de instrução processual.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixando de recolher o ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias, sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2006 e 2007. Já na infração 02 é imputado a falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo

com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, resultante da infração anterior.

Em sua defesa o autuado, em relações a infrações 01, alegou que houve equívoco do autuante e aduz que todas as operações de comercialização da empresa estão lastreadas em documentação fiscal hábil e que, posteriormente, apresentaria a prova de sua alegação. Cita alguns exemplos de que as diferença apuradas são diferente das diferenças existente, sem contudo apontar qualquer documento fiscal.

Na informação fiscal, o auditor autuante destaca que contribuinte não demonstra o motivo de força maior e muito menos consegue comprová-lo nos Autos, afastando, assim, a possibilidade de inclusão de novos documentos que permitam instruir argumentos com relação às infrações até então não defendidas. Salienta que o contribuinte não aponta os documentos que o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias deixou escapar. Para subsidiar o suposto erro no crédito reclamado por meio das infrações de nºs 01 e 02, a impugnante toma como exemplos alguns itens que integram o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias e efetua o cálculo das omissões com a simples diferença algébrica entre as entradas e as saídas, não levando em consideração os estoques inicial e final, fls. 999 e 1.000, desconhecendo que o não atendimento a equação (Estoque final = Estoque inicial + Entradas – Saídas) implica em omissão de Entradas ou Saídas de mercadorias.

O autuado volta a se manifestar, aduzindo que os quantitativos das mercadorias levantados pelo contribuinte é bastante diferente dos apresentados no levantamento do auditor, provavelmente não submetidas a uma avaliação mais acurada, pois que os montantes das diferenças constatadas pela contabilidade da empresa praticamente zeram os valores lançados.

Por sua vez, o autuante salienta que analisou os demonstrativos de contagem de produtos referente aos anos de 2006 e 2007 – Anexos 02 e 03, fls. 1.038 a 1.046, constatou que o autuado relaciona todas as mercadorias por código de produto com suas respectivas notas fiscais de entrada, quando então poderia ser feito o cotejamento com o anexo 09 – ano de 2006, 180 a 248, e anexo 20 – ano de 2007, 441 a 498, possibilitando, assim, identificar e comprovar por meio de cópias em quais notas fiscais existe a suposta divergência das quantidades de entrada de mercadorias por código do produto.

Entendo razão assistir ao autuante, uma vez que caberia ao contribuinte apontar, de forma objetiva, qual a nota fiscal teria sido considerada incorretamente no levantamento da fiscalização, também, observei que a defesa, em nenhuma de suas três manifestações, apontou a existência de erros nos estoques. Devo ressaltar que o autuado cópia dos demonstrativos detalhados, nota fiscal por nota fiscal, produto por produto.

Logo, entendo que o procedimento do autuante foi correto, estando caracterizadas as infrações 01 e 02.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter omitido de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito.

Em sua peça defensiva inicial o autuado alegou que posteriormente apresentaria os erros constantes do levantamento fiscal. Em nova manifestação acostou aos autos CD listando a movimentação a débito e créditos dos cartões.

Ocorre que, para elidir a autuação caberia ao autuado, de posse dos Relatórios Diários TEF, os quais relacionam operação por operação, apontar de forma objetiva qual a operação que entende ser indevida, inclusive, acostando aos autos cópia da nota fiscal ou cupons que por ventura tivesse emitido, fato que não ocorreu. Vale destacar que Art. 142, do RPAF em vigor, determina

que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

O relatório apresentado pela defesa não faz nenhum cruzamento de informações constante do levantamento que embasaram a autuação.

Logo, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Na infração 05 é imputa ao sujeito passivo ter deixado de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou exterior relacionadas nos anexos 88.

Em sua defesa o autuado nega ter adquirido as mercadorias arroladas originárias de outra unidade da Federação, aduzindo que as fornecedoras praticaram o que no comércio se denomina de “*pedido frio*”, a impugnante se recusou a recebê-los tendo as próprias “vendedoras” se encarregado de fazer retornar as mercadorias.

Entendo que o argumento defensivo, negando as aquisições, não pode ser acolhido pelos motivos que passo a expor.

Em relação a Declaração provisória da empresa Devolução de Mercadorias da empresa PUMA SPORTS LTDA., entendo não ser o documento hábil para comprovar o argumento defensivo, pois caberia ao autuado ter apresenta cópia da nota fiscal de devolução e cópia do livro de Registro de Entradas, este devidamente vistado pela unidade fazendária do emitente da nota fiscal, o que não ocorreu.

Quanto a Nota fiscal nº 412.106 da empresa CRYSLIS, fl. 1.011 e sua respectiva Nota Fiscal de devolução de nº 438.386, com data de saída em 10/10/2006, percebe-se que as mercadorias desta operação comercial permaneceram no Estado da Bahia por mais de cinco meses, pois a Nota Fiscal de devolução de nº 438.386 tem data de emissão de 21/03/2007, o que não é razoável aceita, sem que o autuado comprove que teria havido algum impedimento para que a devolução tivesse ocorrido, pelo menos, no mesmo exercício financeiro. Além do fato, de não ter apresentado cópia do livro de Registro de Entradas, este devidamente vista pela unidade fazendária do emitente da nota fiscal, o que não ocorreu.

No que tange a Nota Fiscal nº 92.490, fl. 1.013 e cópia do livro de Registro de Entradas da empresa STEBRAS, fl. 1.014, entendo que a cópia do livro fiscal carece de visto da unidade de fiscalização de origem para comprovar sua autenticidade, não podendo ser acolhido como prova da alegação defensiva.

Ademais, entendo que estando acostadas aos autos uma via das notas fiscais objeto da autuação, e nelas constando os dados do sujeito passivo, tais como a Razão Social, o CNPJ, Inscrição de Estadual e o Endereço, é prova suficiente para caracterização de que o contribuinte adquiriu as mercadorias, independentemente da juntada de qualquer diligência no estabelecimento do fornecedor.

Assim, entendo que a infração 05 restou caracterizada, pois nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar.

INFRAÇÃO 06 – imputa ao sujeito passivo ter recolhido a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89.

Em sua defesa o autuado diz que apresentará planilha demonstrativa dos pagamentos realizados e cópias dos respectivos DAE's para espancar qualquer dúvida quanto ao assunto.

Ocorre que, apesar das diversas manifestações defensivas a defesa não apresentou nenhum documento para comprovar o efetivo recolhimento do ICMS reclamado. Portanto, entendo que a infração 06 restou caracterizada.

Devo ressaltar que o art. 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Pelo exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298627.0001/11-0**, lavrado contra **GRAT'S COMÉRCIO DE CALÇADOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.797,42**, acrescido da multa de 60% sobre R\$17.664,35 e de 70% sobre R\$16.133,07, previstas no art. 42, II, “d” e “f”, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$586,00**, prevista no art. 42, inciso XI, do mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores já recolhidos.

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

ANGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR