

A. I. N° - 206896.0220/09-7
AUTUADO - BOM PESCADO LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAC VAREJO
INTERNET - 21/06/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-03/12

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Imposto apurado com base nas Notas Fiscais de Saídas, e o deficiente não trouxe aos autos qualquer prova que desconstituísse os valores apontados pela fiscalização. Infração subsistente. 2. 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. Não ficou comprovado nos autos que houve apuração do imposto exigido mediante levantamento quantitativo de estoques, inclusive pelo fato de não constar comprovação de valores apurados, afigurando-se arbitramento sem embasamento legal. Infração não caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 13/12/2009, refere-se à exigência de R\$21.341,43 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Valor do débito: R\$14.300,56. Multa de 60%

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS relativo a 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, no exercício de 2004. Valor do débito: R\$7.040,87. Multa de 70%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 41 a 46), falando sobre a sua condição de inscrito como empresa de pequeno porte e a forma de apuração do ICMS. Diz que a base de cálculo do ICMS SIMBAHIA - EPP é o faturamento mensal do estabelecimento, ou seja, o montante das vendas realizadas no mês, abrangendo as mercadorias tributáveis e não tributáveis. Informa que explora a atividade de peixaria, e neste ramo, existe uma grande dificuldade de se obter a nota fiscal de aquisição de mercadoria (peixes, moluscos, crustáceos, etc), uma vez que grande parte dos fornecedores são pescadores autônomos que não possuem cadastro junto ao Estado. Entende que não deve prosperar a primeira acusação fiscal de que foram realizadas vendas de produtos tributáveis sem recolhimento do ICMS devido, porque, na condição de SIMBAHIA, o deficiente apurava o ICMS sobre o total da sua venda mensal fosse produto tributável ou não. Afirma que os valores apurados pelo autuante nos Demonstrativos de Saída por Produto – 2004 encontram-se devidamente informados na DME 2004 no campo SAIDA, VENDA DE MERCADORIAS E/OU PRODUÇÃO cujo montante foi de R\$ 739.488,73. Afirma que a apuração do ICMS SIMBAHIA foi

efetuada pela aplicação do percentual previsto em razão do faturamento bruto acumulado sobre o valor do faturamento mensal. Quanto ao segundo item do Auto de Infração, o autuado alega que embora o autuante tenha apresentado o auto de infração no dia 06/01/2010, até 25/01/2010, não devolveu os documentos fiscais solicitados no Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos que, segundo o mesmo, serviram de base para a auditoria realizada. Por isso, o defendente informa que se sente prejudicado em seu direito de ampla defesa. Salienta que embora a fiscalização afirme que as notas fiscais de saída não foram apresentadas, o autuante não fez referência quais as notas ou qual numeração de notas não foram entregues. Quanto à informação do autuante de que o contribuinte omitiu na DME 2004, dados relativos às entradas de mercadorias, o defendente entende que deve ser visto o aspecto de sua atividade. Afirma que tem uma grande dificuldade em obter nota fiscal dos fornecedores, na maioria pescadores, sendo este um dos fatores que o levaram a optar pelo SIMBAHIA, uma vez que a tributação incidiria na venda mensal e esta, como foi dito anteriormente, encontra-se devidamente registrada. Informa que o valor das entradas, informado na DME 2004, pode ser comprovado pelas notas fiscais de entradas entregues ao Agente de Tributos Estaduais, Sergio Fernandes Bacelar Amaral, Matricula 232175, em 17/01/2005, conforme Termo de Intimação que anexou aos autos, e que, tais notas fiscais não foram devolvidas ao contribuinte. Finaliza, pedindo a improcedência do presente Auto de Infração.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 51 a 54 dos autos. Inicialmente, alega que as assinaturas apostas nas razões de defesa e na procuraçāo (fls. 46/47) colidem com a assinatura da sócia da empresa Maria Madalena Souza Peixoto Neta no Termo de Intimação à fl. 08 do PAF. Em seguida, o autuante faz uma síntese das alegações defensivas e diz que o autuado incorreu em omissões de entradas e de saídas de mercadorias no exercício de 2004, conforme levantamento fiscal efetuado. Transcreve os arts. 408-L e 408-P do RICMS/BA, e diz que em relação ao argumento do autuado de que adquire mercadorias de vendedores, sem nota fiscal, nada impede que o mesmo emita notas fiscais de entradas, conforme determina a legislação. Entende que a DME comprova a conduta e a intenção do autuado e informa que o levantamento quantitativo do exercício de 2004 foi realizado com base na documentação fiscal fornecida pelo contribuinte, ficando as planilhas à disposição do autuado, juntamente com toda a documentação. Informa, ainda, que devido às suas férias ocorridas em 10/01/2010, a documentação ficou retida, sendo devolvida à Sra. Rosana Santos em 22/02/2010. Sugere a devolução do prazo de defesa.

O autuado foi comunicado da reabertura do prazo de defesa, conforme intimação à fl. 60, mas não apresentou qualquer manifestação.

Às fls. 67/68, esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência para que o autuante adotasse as seguintes providências:

1. Assinasse os demonstrativos de fls. 11 a 36 do PAF.
2. Juntasse a comprovação da devolução dos documentos utilizados no levantamento fiscal, inclusive das notas fiscais de entradas.
3. Quanto à primeira infração, intimasse o autuado a apresentar demonstrativo indicando as notas fiscais incluídas na apuração referente ao valor declarado na DME, conferisse e juntasse aos autos o mencionado demonstrativo.
4. Em relação ao levantamento quantitativo de estoques (infração 02), considerando a alegação do autuado de que as notas fiscais de entradas foram entregues ao Agente de Tributos Estaduais, Sérgio Fernandes Bacelar Amaral, Matricula 232175, em 17/01/2005, foi solicitado que o autuante elaborasse os demonstrativos das entradas e do preço médio utilizado na apuração da base de cálculo do imposto exigido.

Após as providências acima mencionadas, foi solicitado que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse cópias dos demonstrativos de fls. 11 a 36 dos autos, após a assinatura do autuante, e de todas as cópias de documentos e levantamentos que fossem acostados aos autos

pelo autuante, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, reabrindo o prazo de defesa.

Se o contribuinte apresentasse nova impugnação, que o PAF fosse encaminhado ao autuante para prestar informação fiscal acerca das alegações defensivas.

Em atendimento, o autuante prestou nova informação fiscal à fl. 72 dos autos, dizendo que assinou os documentos de fls. 11 a 36 do PAF e que acostou à fl. 71 o Termo de Devolução de Livros e Documentos Fiscais. Quanto aos demais itens do pedido de diligência, informa que deixou de atender, em decorrência da falta de apresentação pelo autuado dos documentos solicitados, inclusive o demonstrativo com a indicação das notas fiscais constantes na DME de 2004. Diz que o contribuinte alegou que parte da documentação se encontra na empresa em Barra de Pojuca, e outra parte na contabilidade, além de o contador estar apresentando declarações do Imposto de Renda de clientes.

Conforme Termo de Intimação para apresentação de documentos à fl. 74, o autuado foi intimado via e-mail para apresentar os documentos necessários ao cumprimento da diligência fiscal, tendo solicitado, também via e-mail (fl. 75), prorrogação do prazo para apresentar a documentação solicitada.

À fl. 80 o deficiente foi intimado da informação fiscal, tendo sido encaminhadas as cópias das fls. 11 a 36, 67/68 e 72 a 75 dos autos e reaberto o prazo de defesa.

Considerando a alegação do autuado de que os valores apurados pelo autuante nos Demonstrativos de Saída por Produto – 2004 encontram-se devidamente informados na DME 2004 no campo SAIDA, VENDA DE MERCADORIAS E/OU PRODUÇÃO, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência à Infaz de origem para que o autuante ou Auditor Fiscal designado pelo Inspetor Fazendário:

1. Quanto à primeira infração, intimasse pessoalmente o autuado a apresentar demonstrativo indicando as notas fiscais incluídas na apuração referente ao valor declarado na DME 2004, e juntasse aos autos o mencionado demonstrativo após o necessário confronto com os documentos originais.
2. Em relação ao levantamento quantitativo de estoques (infração 02), considerando a alegação do autuado de que as notas fiscais de entradas foram entregues ao Agente de Tributos Estaduais Sérgio Fernandes Bacelar Amaral, Matricula 232175, em 17/01/2005, foi solicitado para serem elaborados os demonstrativos das entradas e do preço médio utilizado na apuração da base de cálculo do imposto exigido.

Em atendimento, o autuante prestou nova informação fiscal às fls. 87/88 dos autos, dizendo que o primeiro item da diligência não foi atendido pelo contribuinte, apesar de regularmente intimado (fls. 89/90).

VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que não foram devolvidos os documentos fiscais solicitados no Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos que, segundo o autuante, serviram de base para a auditoria realizada. Por isso, o deficiente alegou que se sentiu prejudicado em seu direito de ampla defesa.

Quanto a esta alegação, o autuante juntou à fl. 71 dos autos o Termo de Devolução de Livros e Documentos Fiscais, assinado por preposto do autuado. Também foram fornecidas ao deficiente as cópias dos demonstrativos às fls. 11 a 36 do PAF, e reaberto o prazo de defesa, conforme intimação à fl. 80.

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.

No mérito, a infração 01 trata da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter sido apurada a realização de operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas.

O autuado alegou que na condição de inscrito no SIMBAHIA, apurava o ICMS sobre o total da sua venda mensal fosse produto tributável ou não, e que os valores apurados pelo autuante nos Demonstrativos de Saída por Produto – 2004 encontram-se devidamente informados na DME 2004 no campo SAIDA, VENDA DE MERCADORIAS E/OU PRODUÇÃO cujo montante é de R\$ 739.488,73.

Observo que foi encaminhada diligência por esta Junta de Julgamento Fiscal solicitando que o autuado fosse intimado a apresentar demonstrativo indicando as notas fiscais incluídas na apuração referente ao valor declarado na DME. O contribuinte foi intimado, conforme fls. 89/90, mas não apresentou qualquer demonstrativo.

Trata-se de fato vinculado à escrituração e a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos, não cabendo a este órgão julgador promover a busca de elementos comprobatórios para comprovar alegações defensivas.

De acordo com o demonstrativo às fls. 11 a 25 dos autos, foi efetuado o levantamento das Notas Fiscais de Saídas no exercício de 2004, consideradas como não tributadas pelo deficiente. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002, vigente à época.

Concluo pela subsistência deste item da autuação, considerando que deficiente não trouxe aos autos qualquer prova que desconstituísse os valores apontados pela fiscalização.

Infração 02: Falta de recolhimento do ICMS relativo a 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, no exercício de 2004.

Foi elaborado pelo autuante o “Demonstrativo de Apuração de Estoque - 2004”, sem indicação de quantidades correspondentes ao estoque inicial e às entradas e no estoque final somente constou quantidade nos itens ostra e sururu.

No mencionado demonstrativo foi apurada uma base de cálculo a partir de custo médio, sem qualquer indicação ou informação quanto à metodologia de apuração desse custo. Aplicou-se a alíquota de 17% sobre a base de cálculo, sendo deduzido o crédito referente ao valor do sobre ICMS entrada, e também, o crédito presumido de 8%, apurando-se o ICMS a pagar.

Em atendimento à diligência encaminhada por esta Junta de Julgamento Fiscal, o autuante juntou ao presente PAF (fls. 96 a 103) um “Demonstrativo de Apuração do Preço Médio – 2004”, com base nas notas fiscais de saída e um “Demonstrativo de Entradas de Mercadorias Selecionadas – 2004”. Tais demonstrativos comprovam que houve entradas de mercadorias no período fiscalizado não consideradas no levantamento fiscal.

Observo que sendo realizado levantamento quantitativo de estoque, apurando-se omissão de entradas, a exigência do imposto deve ser embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º e Portaria 445/98 art. 7º, II).

A apuração da base de cálculo deveria ser realizada em função do preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, inexistindo previsão para a dedução de qualquer parcela a título de crédito fiscal ou crédito presumido. Aliás, a dedução de crédito presumido prevista no SIMBAHIA, vigente à época da autuação, era efetuada em substituição a quaisquer outros créditos, ou seja, é impossível computar os créditos pelas

entradas e, ao mesmo tempo, o crédito presumido.

Entendo que embora a planilha à fl. 36 tenha sido denominada de “Demonstrativo de Apuração de Estoque – 2004”, não ficou comprovado nos autos que houve apuração do imposto exigido mediante levantamento quantitativo de estoques, inclusive pelo fato de constar uma coluna referente ao custo médio sem qualquer comprovação dos valores apurados. Além disso, foram indevidamente computados créditos fiscais e não foram consideradas as entradas de mercadorias. Portanto, a infração apontada não ficou suficientemente comprovada e o levantamento fiscal afigura-se um arbitramento da base de cálculo sem embasamento legal.

O arbitramento da base de cálculo é considerado um recurso extremo que deve ser aplicado quando o Fisco não dispuser de condições de apurar o imposto devido, sendo uma das causas, a falta de apresentação de notas fiscais comprobatórias das operações realizadas pelo contribuinte.

O contribuinte que deixa de apresentar documentos fiscais, após regular intimação, pode inicialmente ser penalizado com multa, conforme art. 42, inciso XX, da Lei 7.014/96, e no caso de arbitramento que resulte na exigência de imposto, a multa pelo descumprimento da obrigação acessória será absorvida pela multa relativa à obrigação principal.

No presente caso, não ficou caracterizado extravio de documentos fiscais, não ficou caracterizado que houve falta de exibição de documentos fiscais e não ficou comprovado qualquer impedimento à realização de procedimento normal para apurar o valor real do imposto devido.

Entendo que não existem no PAF elementos suficientes para caracterizar a necessidade de arbitramento da base de cálculo. Por isso, considero que esta infração é insubstancial.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206896.0220/09-7, lavrado contra **BOM PESCADO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.300,56**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2012

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA