

AI Nº - 232845.0515/11-7
AUTUADO - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 22/11/2012

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0259-03/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo de estoque, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 09/12/2011, exige ICMS no valor de R\$49.984,62 acrescido da multa de 70%, pela falta de recolhimento do ICMS, constatado pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis no exercício de 2006.

O autuado apresentou impugnação (fls. 43/61). Descreve a infração que lhe foi imputada, a multa aplicada e respectivo enquadramento. Diz ser tempestiva a impugnação. Argui preliminar de nulidade por cerceamento de direito de defesa. Cita e transcreve o artigo 5º inciso LV da CF /88 e o art. 2º do RPAF/BA. Sobre a garantia da ampla defesa e do contraditório cita doutrina.

Afirma que foi preterido seu direito de defesa nos termos do art. 18, inciso II do decreto estadual que regula a lavratura do auto de infração devendo, portanto, ser julgado nulo.

Diz que para demonstrar de forma mais específica a preterição ao seu direito de defesa apresenta situações específicas do auto de infração que são meramente exemplificativas.

Aduz que a acusação é de não recolhimento do imposto em razão de omissões de saídas de mercadorias tributáveis. No entanto, apresenta-se em termos gerais, um volume de mercadorias em quantidades, sem se especificar qual nota fiscal está sendo objeto da análise.

Alega que sem a identificação perfeita de cada nota fiscal não pode identificar exatamente períodos, a base de cálculo para se estabelecer o preço médio constante da planilha, as datas das saídas das mercadorias. Afirma que não tem como reconhecer, por exemplo, como foi considerado o faturamento para entrega futura. Exemplifica com vendas em 31 de dezembro, em que o cliente efetua a retirada da mercadoria no exercício seguinte, em que o estoque já foi fechado.

Frisa que para agravar ainda mais a deficiência de elementos para a apresentação da defesa, pelas planilhas não se consegue ler sequer o produto ou a marca, pois se tem apenas a indicação do produto. Pergunta: circulador, qual a marca? modelador, qual? TV LG 21, LED? LCD? antena parabólica, qual fornecedor? qual o tipo de cama referido? qual a mercadoria citada como referência? qual TV Toshiba? diz que não se pode compreender qual a mercadoria em si que supostamente saiu sem nota.

Frisa que nenhum consumidor compra eletroeletrônicos sem o documento fiscal. Argumenta que esses fatos não são meros erros do Autuante, mas situação que impede a Autuada de efetuar um trabalho efetivo, no sentido de averiguar a natureza da autuação. Afirma que essas situações impõem a nulidade do auto de infração, tendo em vista a ofensa direta ao direito de ampla defesa garantido pela CF/88. Afirma que uma vez ultrapassada a preliminar, o que aduz somente em respeito ao princípio da eventualidade jurídica, passa à análise do mérito.

Assevera que é possível vislumbrar falhas na elaboração do auto de infração. Cita a questão do cartão de telefonia, em que a legislação atribui regime especial para o citado produto, não cabendo o cálculo apontado pelo levantamento fiscal.

Afirma que a fiscalização também não observou o decreto nº 7.799/00 que trata da não aplicabilidade do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, no caso de venda de mercadorias já contempladas com redução ou concessão de crédito presumido, ou ainda, por qualquer outro mecanismo ou incentivo que reduza a carga tributária, havendo a previsão de uma exceção no parágrafo único da citada norma, qual seja, quando tal redução for mais favorável para o contribuinte. Transcreve o parágrafo único, incisos I e II do art. 4º e diz que com relação à venda de aparelhos celulares e Sim Cards, a norma do Decreto nº 7.799/00 é mais benéfica para a autuada, por isso o utiliza em detrimento ao disposto nos arts. 87, XXIV e XXV do RICMS/97, que reproduz.

Elabora demonstrativo que diz ser exemplificativo, onde afirma demonstrar qual seria o benefício proporcionado entre o decreto nº 7.799/00 e a norma estabelecida pelo RICMS/BA com relação ao cálculo do imposto na venda de aparelhos celulares.

Diz que existe uma grande vantagem na apuração do ICMS devido com base no que dispõe o Decreto nº 7.799/00 para a venda dos aparelhos de telefonia móvel e o Sim Cards.

Afirma que os equipamentos de informática, de acordo com o art. 87, V do RICMS/BA devem ter sua base reduzida em 58,825%, portanto, para o cálculo do ICMS a base de cálculo é 41,176%.

Assevera que o Auditor fiscal, ao desconsiderar essa previsão legal aumentou a base de cálculo, portanto pede e espera a anulação do auto de infração por padecer de falta de embasamento legal, além da compensação de créditos nas infrações que eventualmente poderão ter imposto já recolhido.

Rebate a imputação fiscal arguindo que diversos produtos assinalados na planilha, estariam sujeitos ao ICMS antecipação parcial que foi recolhido, portanto, pode se creditar na data do pagamento do tributo. Reproduz o art. 352-A do RICMS/BA.

Argumenta que essas antecipações não foram consideradas para abater no ICMS a recolher decorrente de diferença de estorno de crédito apurado pelo auditor.

Apresenta extrato da Secretaria da Fazenda Estadual com os pagamentos efetuados a título de antecipação de ICMS e algumas guias, com o propósito de provar que o pagamento existiu e pede sejam compensados com o imposto porventura existente neste auto de infração e caso não seja possível, que a autuada tenha direito de se creditar de tais valores posteriormente.

Discorre sobre a não cumulatividade do ICMS nos termos da Constituição Federal, artigo 155, § 2º, inciso I.

Acrescenta que pela própria descrição do auto de infração o ilícito tributário é “recolher a menor o ICMS”, logo, o mesmo somente será perfeitamente identificado se forem analisados de forma conjunta, os débitos e os créditos. Diz ser necessária a realização de diligência a fim de se apurar o efetivo crédito da Autuada.

Requer a realização de diligência fiscal para juntar aos autos os documentos fiscais que ensejam a formação do número global apresentado na planilha do autuante. Pede a improcedência da autuação.

O autuante (fls.91/94) reproduz em síntese argumentos do autuado. Informa que o levantamento quantitativo de estoque foi realizado tomando-se por base os documentos encaminhados pela autuada à Secretaria da Fazenda através dos arquivos magnéticos.

Afirma que a empresa não tendo elementos para contestar o auto de infração, parte para alegações descabidas, pois à fl.41, está comprovante de entrega de DVD-R com os dados extraídos dos arquivos magnéticos entregues pela autuada e que serviram de base para a autuação, onde consta o levantamento quantitativo das entradas, o levantamento quantitativo das saídas, o levantamento do preço médio e o resumo das omissões (entrada e saídas).

Quanto à alegação da discriminação incompleta das mercadorias, aduz que o levantamento quantitativo de estoque tem em sua primeira coluna o código do produto, seguido na segunda coluna da discriminação do produto. Observa que a autuada estabelece a codificação de seus produtos para todos os seus registros: entradas, saídas, e livro de Inventário, portanto não pode de uma hora para outra alegar que desconhece que por exemplo, o produto 0009421 é – CIRCULADOR ARNO 30 CM TFAM 220; que o produto 0011443 é – TV LG 21 RP 21 FE85G GAME ST.

Assevera ser infundada a alegação do contribuinte de que os produtos não podem ser identificados, já que o levantamento foi realizado com base nos códigos de produtos atribuídos pela própria empresa autuada conforme os exemplos acima.

Rebate argumento da impugnante de que não foi concedido o benefício da redução da base de cálculo para os produtos Aparelho Celular e os Cartões Sim Card, dizendo que a empresa autuada não se deu ao trabalho sequer de analisar os produtos relacionados no levantamento do Estoque, pois se assim procedesse, observaria que para determinar o preço de saídas dos produtos foi utilizado o valor constante nos documentos fiscais, ou seja, para fins de determinação da base de cálculo foi considerado o valor líquido atribuído às mercadorias, desse modo já com as reduções constantes nas respectivas notas fiscais, logo não procede tal alegação. Aduz ser descabido também, o pedido de diligência, já que ficou demonstrado que a empresa autuada, ao que parece, pretende apenas postergar o julgamento do referido auto de infração. Salienta que as alegações da empresa não podem prosperar, pois não tem consistência, visto que o levantamento quantitativo do Estoque foi realizado com base nos dados fiscais alimentados nos arquivos magnéticos da própria empresa autuada, e que os demonstrativos de entradas, de saídas, bem como a determinação do preço médio e das omissões lhe foram devidamente entregues.

Reitera que para identificar os produtos objeto do Levantamento o código utilizado foi estabelecido pela própria empresa, seguido da discriminação dos produtos e que em momento algum a empresa autuada contestou o cálculo das diferenças apuradas ficando apenas especulando com argumentação protelatória. Conclui opinando pela procedência.

Esta 3ª JJF baixou os autos em diligência, fl.104, para que a Inspetoria intimasse o contribuinte para fazer entrega de novo CD, mediante recibo, especificando que em seu conteúdo estavam todos os demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de estoques que deram origem ao auto de infração, bem como, cópia do despacho da diligência concedendo-lhe um prazo de 30(trinta) dias, (reabertura do prazo de defesa), para que ele, querendo, se manifestasse.

A diligência foi cumprida, fls. 106/107. O impugnante voltou a se manifestar, fls. 111/115. Diz que os arquivos apresentados pela INFAZ de origem demonstram que o Auto de Infração deverá ser

anulado.

Aduz que a especificação de cada nota fiscal está discriminada nos arquivos magnéticos da Autuada, conforme faz prova as planilhas existentes no CD e fornecido pelo Autuante.

Diz verificar que a Autuada, diferente do Autuante, informa cada número da nota fiscal correspondente a mercadoria, o que possibilita a realizar a fiscalização. Porém, o inverso não é recíproco.

Reafirma que não consegue identificar no levantamento fiscal a quantidade de mercadorias a qual nota fiscal está associada, o que restringe o contraditório, a ampla defesa e a isonomia, consagrados no art. 5º LV da Constituição Federal. Reproduz Acórdãos deste CONSEF e o inciso III do art. 39 do RPAF/99, para requerer a nulidade da autuação e a produção de prova pericial.

O autuante produz nova informação fiscal, fls. 120/123. Diz que foi atendida a diligência nos termos solicitados, mas a nova defesa do autuado repete as alegações de sua defesa inicial. Afirma que o auto de infração contém todos os requisitos exigidos pelo art. 39 do RPAF/BA.

Observa que em momento algum a autuada contestou os números constantes do levantamento fiscal que foram realizados com base nos arquivos magnéticos da própria empresa. Afirma também que a autuada não contrapõe um demonstrativo com suas operações para confrontar com o da fiscalização. Não contestou quantidade de saídas ou de entradas constantes no levantamento fiscal. Conclui que os argumentos defensivos não possuem consistência e opina pela procedência da autuação.

VOTO

Analisando a preliminar de nulidade apresentada pelo defendente, constato que o Auto de Infração foi lavrado na forma regulamentar. O imposto e sua base de cálculo foram apurados consoantes os levantamentos fiscais entregues ao contribuinte e em conformidade com a legislação vigente.

O impugnante alegou em peça defensiva que não conseguiu identificar dados imprescindíveis na planilha do autuante para exercer a ampla defesa e o contraditório, pois não entendeu exatamente qual o período autuado, a base de cálculo para se estabelecer o preço médio, as datas das saídas das mercadorias. Não teve como identificar como foi considerado o faturamento quando das vendas para entrega futura e pelo levantamento fiscal, não conseguiu ler o produto ou a marca da mercadoria que supostamente saiu sem nota.

Em fase instrutória foi verificado que constava da mídia eletrônica de dados – CD anexado à fl. 41, todos os levantamentos fiscais necessários à caracterização da infração e à compreensão pelo contribuinte sobre o que lhe estava sendo imputado, conforme declarado pelo autuante: o levantamento das entradas, das saídas, do preço médio e demonstrativo das omissões. Entretanto, estas informações não estavam registradas de forma clara no documento que formalizou a entrega do citado CD ao autuado.

Esta 3ª JJF baixou os autos em diligência, fl.104, para que a Inspetoria intimasse o contribuinte para fazer entrega de novo CD, mediante recibo, especificando que em seu conteúdo estavam todos os demonstrativos relativos ao levantamento quantitativo de estoques que deram origem ao auto de infração, bem como, cópia do despacho da diligência concedendo-lhe um prazo de 30(trinta) dias, (reabertura do prazo de defesa), para que ele querendo, se manifestasse, o que foi feito conforme nova manifestação do sujeito passivo, folhas 111/115. Em sendo assim, o contribuinte recebeu todos os demonstrativos onde constam de forma clara e precisa os dados completos do levantamento fiscal que deu origem a presente autuação, sendo inclusive devolvido seu prazo de defesa.

Assim, constato que 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.

Indefiro a diligência requerida, pois o defendente não comprovou sua necessidade, e se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos. Diante do levantamento fiscal e com base nos documentos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao defendente, mediante recibo, não foi apresentada qualquer prova que suscitasse dúvida quanto à correção dos demonstrativos elaborados pelo autuante, e por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em sua impugnação, com base no art. 147, inciso II do RPAF/99.

Quanto ao mérito, embora conste na descrição dos fatos que a infração é decorrente da apuração de omissão tanto de entradas como de saídas de mercadorias, e que o valor de maior expressão monetária apurado foi o das saídas omitidas, pelo levantamento fiscal, resta claro que o valor de maior expressão foi o efetivamente cobrado no auto de infração, o das entradas. Esse aspecto não trouxe qualquer repercussão no cálculo do imposto devido, salientando que o autuado tomou ciência dos mencionados demonstrativos, entendeu a infração que lhe foi imputada e produziu sua defesa rebatendo a omissão constatada não trazendo qualquer questionamento sobre esta questão.

Este roteiro de auditoria constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento do contribuinte, num determinado período, tomando-se como ponto de referencia os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

O art. 60, § 1º, do RICMS/97 determina que na apuração da base de cálculo, quando forem constatadas, simultaneamente, entradas e saídas de mercadorias, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário já que as demais nela estão incluídas. Estas determinações foram absorvidas pela Portaria nº 455/98.

Em fase defensiva, o autuado alegou que a fiscalização não observou o decreto nº 7.799/00 que trata do benefício da redução da base de cálculo do ICMS, com relação à venda de aparelhos celulares e Sim Cards.

Em informação fiscal, o autuante esclarece que tal benefício foi devidamente considerado no levantamento fiscal. Elucida que para apuração da base de cálculo do lançamento em discussão, tomou como base as notas fiscais de saídas do próprio autuado, que já registravam o preço de venda com a redução a que faz jus, em função do benefício estabelecido no citado decreto.

O impugnante requer a compensação do ICMS pago por antecipação parcial com os valores exigidos neste lançamento fiscal. Observo que os valores comprovadamente pagos, a título de ICMS antecipação parcial, podem ser lançados normalmente no seu livro registro de Apuração de ICMS, na coluna outros créditos, nos termos da legislação vigente.

Constato que a exigência fiscal está caracterizada conforme demonstrativo das omissões – fls. 25/35, e o levantamento fiscal teve por base o livro de Inventário apresentados pelo autuado, cujas cópias se encontram acostadas aos autos, fls. 8/24. À fl. 107, vejo comprovante de que o impugnante recebeu novo CD contendo o resumo das omissões – entradas e saídas, levantamento de entradas e saídas e o levantamento do preço médio, devidamente assinado por preposto da empresa legalmente identificado.

Da análise da peça defensiva, observo que o impugnante não aponta concretamente equívocos por acaso detectados no levantamento fiscal. Entendo que ao receber as planilhas demonstrativas onde constam todas as notas fiscais alvo da exigência, com a perfeita identificação das mercadorias, tanto de entradas como de saídas, com número, data de emissão, quantidades e

valor monetário associado a cada produto, além do demonstrativo do preço médio utilizado para apuração da base de cálculo do lançamento fiscal, o contribuinte teve a oportunidade de exercer a ampla defesa, apontando objetivamente o que alega ter identificado como falhas vislumbradas na fiscalização e não o fez.

Registro que o artigo 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. Assim, entendendo que a infração restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232845.0515/11-7**, lavrado contra **RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.984,62**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de novembro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATALIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR