

A. I. Nº - 2330550301129
AUTUADO - VIMINAS VIDROS ESPECIAIS LTDA.
AUTUANTES - SÉRGIO TERUYUKI TAIRA
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 20.11.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0261-02/12

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. **Infração caracterizada. b) OMISSÃO DE REGISTRO DE OPERAÇÕES DE ENTRADAS E DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. 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, 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 os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/2012, exige ICMS no valor histórico de R\$213.163,61 em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01– Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. O ICMS com valor de R\$ 129.841,92. Multa de 70%;

Infração 02 – Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças, tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos, dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. O ICMS com valor de R\$83.321,69. Multa de 100%.

O impugnante argumenta, às fls. 1092 a 1127, inicialmente, que na qualidade de empresa de produção de vidros e sua comercialização, possui outras filiais no Brasil, contudo, na filial do

município de Eunápolis, ante ao errôneo entendimento do fiscal, apresentou suposto não recolhimento tributário, nos termos do Auto de Infração lavrado.

Afirma que o Auditor Fiscal alega que a Impugnante “faltou o recolhimento do imposto de ICMS, devido à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior aos das saídas efetivadas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.”

Além disso, o Ilustre Fiscal autuou a empresa sob a infração de; “falta de recolhimento de ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas e saídas de mercadorias...”, todavia, tal autuação foi abusiva e errônea, pois houve o recolhimento tributário de acordo com a entrada e saída das mercadorias efetivamente vendidas, por meio de negócio jurídico, conforme exposto no livro de entrada e saída de mercadorias da Impugnante, já apresentado a SEFAZ.

Argumenta que o contador declarou no livro de Inventário/estoque da empresa um número a maior de produtos entre um ano e outro, quando a filial foi aberta, mas tais produtos seriam enviados pela matriz a filial, o que não foi concretizado, com isto, não pode criar a premissa que todos os produtos que não se encontram no estoque foram efetivamente vendidos, uma vez que ocorreu a circulação simbólica entre as filiais ou junto à matriz, a qual não caracteriza a incidência de ICMS.

Destaca que o livro de inventário de estoque não pode ser o argumento hábil para expor suposta sonegação fiscal de ICMS, caso haja uma super avaliação da escrituração do livro de inventário, isto não dita que houve sonegação de tributo, eis que estocagem de mercadorias não configura fato gerador do ICMS, e mais o estoque inicial apresentado não se efetivou, pois houve minimização de estoque, o que se retrata pelas notas fiscais de entrada e saída que efetivamente denotam a venda de mercadorias pela filial.

Entende que o livro de Inventário serve apenas para análise do valor estocado e a quantidade de produtos, ademais, serve apenas para análise de IRPJ, uma vez que o livro consiste nos bens estocados, com isto, o fato gerador da ICMS (realizar operações relativas à circulação de mercadorias) não pode utilizar como premissa o livro de Inventário, mas sim o livro Registro de Entrada e saída, uma vez que circulação, no caso do ICMS, tem natureza jurídica, ligado a vender a mercadoria e não apenas circula fisicamente.

Alude que a natureza do ICMS, no que tange a regra matriz de incidência tributária, é vinculada a circulação e se dá, tão somente, quando há venda da mercadoria, por meio de uma circulação do bem agregado a um fato jurídico, que seria a venda do produto, por meio de um negócio jurídico, diante disto, só há incidência do ICMS quando agregado a circulação física acrescido da circulação jurídica do bem.

Afirma que no processo administrativo não há provas que a Impugnante realizava venda de produtos sem a emissão de nota fiscal. Assegura que não houve creditamento de imposto de entrada quanto aos bens supostamente vendidos, o qual a Administração Pública alega que não foram lançados, por isto, requisita o pagamento sob o argumento de valores sonegados, com isto, inexistente o creditamento, não se pode alegar que houve circulação de mercadoria, uma vez que caso houvesse, ocorreria lesão ao princípio da não cumulatividade tributária.

Argui que outro fator determinante para desconstituição do Auto de Infração combatido, é no que tange a inexistência de creditamento em favor da empresa impugnante, eis que caso houvesse tais saídas de mercadorias, conforme especulada pelo Fiscal deveria ocorrer o creditamento em favor da Impugnante, e ainda, esta poderia compensá-la em outras operações, diante disto, com a inexistência de creditamento, não pode alegar a saída de mercadorias que poderiam ensejar a incidência de ICMS, com fulcro no princípio da não cumulatividade.

Afirma que a autuação fiscal não pode ocorrer o ICMS baseado tão somente no fluxo do livro de inventário da filial, uma vez que tal livro não demonstra se houve, de fato, a operação jurídica e econômica para circulação de ICMS.

Ante ao exposto, entende ficar evidente que o presente Auto de Infração, autuado sob o número 233055.0301/12-9, deve ser anulado, uma vez que a mera declaração super avaliada do livro de inventário não significa que houve efetiva venda de mercadoria entre um exercício fiscal e outro, eis que a incidência do ICMS só se dá quando, de fato, há o negócio jurídico com a mudança de titularidade, se houve mudança de estoque para a mesma empresa, pode concluir que não incide o ICMS no caso em tela e não constitui qualquer tipo de sonegação fiscal.

Alude que, os valores depositados como demonstrativos fiscais e a confecção dos relatórios não foram realizados por profissional habilitado pelo Curso de Ciências Contábeis, ou seja, Contador.

Aponta que não pode ocorrer a incidência de ICMS tão somente pela empresa expor que tem mais bens estocados entre um ano e outro, por meio de uma projeção junto à nova filial, aberta no ano de 2008, diante disto, não pode o Ilustre Fiscal partir da premissa de que a variação entre a quantidade de produtos elencados no livro de inventário efetivamente foram vendidos, uma vez que a projeção de estoque não foi efetivamente realizada pela empresa Impugnante, uma vez que não houve absorção do mercado quanto aos produtos, diante disto, a variação ocorrida não significa a venda da mercadoria, logo, não pode ser fundamento legal para incidência de ICMS.

Afirma que a capitulação da infração, disposta como fundamentação do Auto de Infração, percebe-se que o dispositivo legal é extremamente genérico, na qual não aborda a respeito da incidência do ICMS ante ao livro Registro de Inventário, ou ainda, a forma de análise, caso entenda que é possível, tal entendimento é inconstitucional, uma vez que o fato gerador do ICMS está elencado, restritamente, na Constituição Federal de 1988.

Argumenta que, pela ausência do dispositivo legal adequado ante a situação ocorrida, com fulcro no princípio da legalidade, deve ser declarado nulo o auto de infração, haja vista que o dispositivo legal utilizado pelo Agente autuador é genérico e não caracteriza com a situação ocorrida.

Ressalta que não há assinatura do Ilustre Fiscal, algo que por si só invalida o instrumento, uma vez que deve ocorrer a assinatura do D. Fiscal, a fim de conferir validade ao processo administrativo.

Considera evidente erro por parte do Fisco Baiano quanto ao crédito constituído, portanto, deve ser nulo o auto de Infração combatido, eis que houve o recolhimento regular do ICMS no período, e os bens encontrados como diferença entre os livros de inventário não incidiram o fato gerador para incidência do tributo, uma vez que não preencheu os requisitos objetivos para a incidência do ICMS.

A fim de delinear a tese narrada, vale expor que circulação de mercadoria deve ser dividida em dois pontos cumulativos; a efetiva circulação física/material da mercadoria, que seria a chegada junto ao adquirente independente do meio, e também, a circulação jurídica, que se dá por meio de um negócio jurídico firmado, onde há transferência de titularidade.

Consigna que não há no auto de Infração qualquer prova cabal provinda da apuração que houve a circulação de mercadorias citadas.

A fim de corroborar com a tese delineada neste tópico, cita as lições valorosas de Prof. Dr. Paulo de Barros Carvalho.

Lembra que o ônus da prova quanto à suposta sonegação é da administração pública, a qual não foi exposta ao processo administrativo, é daquele que a imputa, no caso o Auditor Fiscal, conforme o art. 333, inciso I do CPC, diante disto, é claro que não houve evasão fiscal, mas sim uma super avaliação no livro de inventário, algo que não perfaz a condição para a incidência de ICMS, eis que não demonstra a circulação jurídica das mercadorias.

Além disso, pode afirmar que a empresa pode realizar circulação simbólica dos produtos entre as filiais, sem mudar titularidade, algo não observado pelo Auditor Fiscal, eis que a empresa pode alterar seu estoque sem a efetiva operação de venda da mercadoria, mas apenas transfere seu estoque, com isto, algo que não poderia incidir o ICMS.

Entende restar evidente que o caso em tela não há elementos que provem que houve a transferência de titularidade dos bens que resultam na diferença entre o livro de inventário do ano de 2008 a 2010, uma vez que apenas ocorreu uma circulação física ou uma super valorização do livro de inventário, nestes moldes, não pode incidir o ICMS em face da empresa Impugnante, haja vista que não houve transferência de titularidade dos bens em favor de terceiro, logo, não houve o fato gerador do tributo.

Neste diapasão, colaciona decisão recente do Tribunal de Justiça do Estado do Bahia, que ao julgar caso análogo, em que houve uma super avaliação exposta no livro de inventário, determinou o seguinte: CÂMARA ESPECIALIZADA REMESSA NECESSÁRIA Nº 36597-4/2005 - SALVADOR. REMETENTE: JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA INTERESSADO: DINNI CALÇADOS LTDA ADVOGADOS: ARISTÓTELES A.S.MOREIRA E OUTROS INTERESSADOS: FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL. RELATOR: JUIZ SUBSTITUTO WALDEMAR FERREIRA MARTINEZ.

Aduz que, neste sentido, inúmeros Tribunais de Justiça, ao analisarem este tema, seguiram posicionamento similar.

Afirma que, nestes moldes, não resta dúvida que o Auto de Infração autuado sob o número 233055.0301/12-9 deve ser nulo de pleno direito, eis que não há elementos notórios que demonstram a incidência do ICMS, uma vez que o livro de inventário não demonstra se houve transferência de titularidade dos bens estocados, mas tão somente a quantidade de bens que podem constar na filial, diante disto, sem provas adequadas para demonstra a incidência do ICMS, e ainda, inexistindo a transferência de titularidade por meio da operação mercantil, não pode ser o crédito constituído, devendo o auto de infração ser declarado nulo.

Nos termos do Auto de Infração, afirma que, alega o Auditor Fiscal que a empresa ocultou inúmeras operações, contudo, tais operações mercantis jamais existiram, e ainda, caso existisse, geraria crédito de ICMS para ser compensando em outras operações junto ao Estado da Bahia.

Argui que, caso considere e comprove a efetiva venda de produtos e o não recolhimento do tributo, deve ser concedido crédito fiscal em favor da empresa Impugnante, ou ainda, deve ser desconstituído o débito tributário, uma vez que não se originou o fato gerador do ICMS.

Destaca que a premissa adotada pelo autuante é completamente errônea, uma vez que partiu da sua autuação com base no suposto fato gerador a circulação por meio de operação de crédito, contudo, não há no Auto de Infração qualquer prova de efetiva circulação.

Entende que, caso houvesse tal circulação, deveria ocorrer à incidência de crédito tributário em favor da Impugnante, nestes moldes, geraria uma contraprestação em face do Estado. Ou seja, a vedação ao creditamento na operação subsequente afronta o princípio da não cumulatividade, algo que não poderia ocorrer, logo, pode afirmar, veementemente, que jamais existiu operação de ICMS, como o Fiscal tenta implicar junto o Auto de Infração.

Alude que fica evidente que caso houvesse uma operação tributável de ICMS, deveria em contrapartida gerar um crédito de entrada em favor da empresa, a fim de resguarda o princípio da não cumulatividade, diante dos fatos, vê-se que não foi respaldado qualquer direito a crédito, bem como não há manifestação de crédito oriundo dos bens supostamente sonegados pela empresa. Nestes termos, pode concluir que não houve operação incidente de ICMS, eis que, caso houvesse, deveria incidir o crédito tributário.

Logo, a inexistência de crédito referente aos bens supostamente sonegados ante ao recolhimento de ICMS deveriam gerar crédito fiscal de entrada, caso houvesse tal operação, contudo, inexistiu a operação quanto à diferença entre os bens elencados no livro de inventario de 2008 ante aos demais anos, salvo os bens devidamente declarados nos livros de entrada e saída.

Ante ao exposto, requer que seja declarado nulo de pleno direito o Auto de Infração sob o n. 233055.0301/12-9, eis que tais bens lançados pelo Ilustre Fiscal não gerou o direito de crédito ao contribuinte, isto, insurge a inexistência de fato gerador do ICMS, logo, desconstitui o crédito lançado e erroneamente exigido pelo Fisco.

Afirma que, ao analisar o Auto de Infração, deve observar que não foi apresentada a Impugnante a oportunidade de verificar e fiscalizar as provas originais carreadas pela SEFAZ/BA, apenas o demonstrativo fiscal foi juntado no Auto de Infração, bem como cópias não autenticadas das notas fiscais.

Afirma que até a presente data da interposição desta Impugnação, a Administração permitiu o acesso e a fiscalização da Impugnante aos dados e documentos que embasaram os relatórios carreados ao auto de infração, e em nenhum momento foi facultada à Impugnante acesso aos documentos que fundamentaram a autuação da empresa, apenas a informação por meio dos relatórios juntados ao Auto de infração, que é mero demonstrativo de cálculo confeccionado pela SEFAZ/BA.

Alega que deve ser considerado nulo o Auto de Infração, por não observar regra essencial para validade do Auto de Infração e impossibilitar a incidência dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Assegura ter havido o cerceamento de defesa, acarretando a nulidade do processo administrativo fiscal, porquanto não entregues à impugnante cópias de todos os documentos na qual fundamentaram a realização do Auto de Infração.

Argui que as multas são confiscatórias, trazendo doutrina e decisões dos Tribunais, para concluir que devem ser excluídas as multas vultosas, por infringir o princípio da capacidade contributiva e, por via indireta tornar um confisco, comprometendo fatalmente o empreendimento da Embargante, simplesmente porque o débito tornou-se impagável, impondo-se a sua exclusão, ou, alternativamente, sua redução para o patamar máximo de 20%.

Entende que, alternativamente, não entendendo pela exclusão, a multa deverá ser reduzida ao mínimo possível, eis que se tratando de multa moratória não pode ultrapassar ao percentual de 2% previsto pelo Código de Defesa do Consumidor, eis que a sociedade elegeu este percentual para as relações de consumo, devendo aqui também ser aplicado.

Consigna que não cabe a aplicação da multa, pois não houve fato gerador para ser exigido o tributo.

Resume a argumentação afirmando que o Auto de infração deve ser decretado nulo/improcedente ante:

a) - a impossibilidade do cálculo não realizado pelo contador, b)- a inobservância da causalidade do Auto de Infração, c) da nulidade do auto de infração pela ausência de especificidade do dispositivo legal; d) ausência de assinatura do Fiscal no auto de infração, e) impossibilidade da fundamentação do Auto de Infração devido a diferença exposta no livro de inventario da empresa, uma vez que apenas incide ICMS ante a circulação de mercadorias quando há circulação física e jurídica, com a mudança de titularidade do domínio do bem comercializado, o que não ocorreu junto a empresa Impugnante, tanto é que todos os fatos incidentes de ICMS foram devidamente expostos o caderno de entrada e saída de mercadoria e emitidos notas fiscais, logo, não houve evasão fiscal e deve ser declarado nula qualquer crédito constituído com base no diferencial apresentado no livro inventario super avaliado f) devido a inaplicabilidade do principio da não cumulatividade, uma vez que tais créditos não lançados deveriam gerar crédito para a empresa Impugnante, caso não gere tal crédito, presume-se que não houve o fato gerador do ICMS. g)- não serem permitido o acesso aos documentos referidos pelo Auto de Infração; f)- por postergar o princípio da ampla defesa e contraditório dentre outros.

13.2. Assim não entendendo, pede ser julgada improcedente, haja vista que a Impugnante não fez a condição de sujeito passivo da obrigação exigida, uma vez que não houve todos os elementos da hipótese de incidência do tributo, eis que os bens elencados pelo Ilustre Fiscal não foram objetos de negócios jurídicos, os quais não houve mudança de titularidade, devido a isto, não incide a obrigação de ICMS, bem como todas as multas originadas devido a um suposto ato ilícito tributário.

13.3. Superada esta fase, deve o Auto de Infração ser declarado nulo, uma vez que tais valores constituídos pelo Fisco e supostamente não lançados pelo contribuinte deveriam gerar crédito de ICMS, com isto, caso não houve a contraprestação do crédito tributário, pode concluir que não houve fato gerador para dirimir a obrigação principal exigida no Auto de Infração, diante disto, com prisma no princípio da não cumulatividade, deve ser declarado nulo o Auto de Infração, em vista da inexistência de crédito gerado pelos produtos supostamente operados mercantilmente na sua entrada.

13.4. Alternativa e sucessivamente, deve a multa ser excluída ou reduzida ao mínimo possível, ante o seu caráter confiscatório, ou reduzida pelo princípio da proporcionalidade.

13.5. Outrossim, os documentos comprobatórios de todos argumentos apresentados pela empresa, seguem na Impugnação de AI sob o nº 233055.0301/12-9, além disso, acompanhada a impugnação os seguintes documentos; a) procuração, b) atos constitutivos da empresa e caso entenda o julgador que seja intimada a empresa a apresentar documento comprobatória do recolhimento adequado de ICMS pelo contribuinte, de acordo com todas as mercadorias que efetivamente foram operadas pela empresa, d) livro de entrada e saída, e) decisão integral de processo judicial proferido pelo TJBA.

13.6. Por fim, requer que todos os atos intimatórios sejam efetivados em nome de Sandro Ronaldo Rizzato, subscritor da presente, por correio AR, no endereço constante no rodapé da presente, sob pena de nulidade do ato intimatório no processo administrativo fiscal.

13.6. Assim espera, por ser esta decisão de mais pura e cristalina JUSTIÇA FISCAL!

Nestes termos, ”

O autuante, às fls. 1.142 a 1.145, apresenta a informação fiscal, reproduzindo, inicialmente, a defesa do impugnante.

Argumenta que a impugnante apresentou suas razões de defesa com intuito meramente protelatório. Fez diversas alegações, e em nenhum momento contestou os números dos demonstrativos apresentados, que foram a razão da lavratura do referido Auto de Infração.

Alude que a tentativa de desconsiderar os livros registro de Inventário, argumentando que não pode ser documento hábil para uma suposta sonegação, não pode ser levada em consideração, pois os demonstrativos das apurações, tanto das omissões de entradas como de saídas foram baseadas nos estoques iniciais, nas entradas, nas saídas e nos estoques finais. As provas de foram apuradas as omissões, tanto de entradas, como as de saídas, estão nos próprios demonstrativos juntados nos processos, inclusive com cópias entregues a empresa.

Quanto aos créditos não efetuados pelas entradas, alegadas pelo autuado, das mercadorias supostamente vendidas, afirma que no caso das omissões de entradas, pressupõe-se que o autuado efetuou vendas anteriores às compras sem emissão de nota fiscal e que, com estes recursos, realizou compras sem notas fiscais, o que não dá direito ao crédito, pois é solidariamente responsável pelo débito do fornecedor pela não emissão da nota fiscal.

Aduz que não há a necessidade de que os relatórios apresentados sejam realizados por contadores, conforme alega a impugnante, muito embora seja Bacharel em Ciências Contábeis e Pós Graduando em Auditoria Fiscal e Contábil.

Alude que no processo consta não somente a sua assinatura, como o do representante da empresa. Não houve arbitramento baseado simplesmente na diferença dos estoques de 2008 e

2009, conforme alega a impugnante, mas sim com base nos estoques iniciais, nos estoques finais, nas entradas e nas saídas, conforme demonstrativos anexos ao processo.

Afirma que o processo fica na inspetoria a disposição dos autuados para verificação e análise durante o período de defesa da autuada. Assegura que foram entregues ao autuado cópia de todos os demonstrativos, por meio de arquivo magnético, que são suficientemente claros para o entendimento dos motivos da lavratura do Auto de Infração. Neste demonstrativo constam as quantidades dos estoques iniciais e finais, conforme os livros Registros de Inventário e a quantidade das mercadorias que deram entradas e saídas com as respectivas numeração e data das notas fiscais.

Argumenta que não foram entregues cópias das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos, pois todos os documentos fiscais originais e os livros fiscais foram devolvidos ao autuado. Quanto à alegação de que a multa são punitivas e confiscatórias, entende que não cabe ao Auditor Fiscal dar o parecer.

Diante do exposto, solicita que o referido auto de infração seja julgado procedente em sua totalidade.

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, apresenta 02 infrações por descumprimento de obrigação principal, já devidamente relatadas.

Após a análise dos termos constantes na peça defensiva, concluo, de forma preliminar, pela rejeição das nulidades arguidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, expostos no corpo do Auto de Infração com os dispositivos legais e regulamentares que fundamentando a exigência fiscal e a multa aplicada; foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, inclusive, por meio magnético, conforme recibo, às fls. 1089, os livros e documentos eram do próprio autuado e foram devolvidos, os demonstrativos constantes dos autos e entregues ao autuado, indicam as quantidades e valores extraídos dos livros e documentos, conforme apontados nos próprios demonstrativos, bem como no que depõe a Portaria 455/98.

Diferente do alegado, consta a assinatura do autuante e do autuado no Auto de Infração, às fl. 02, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais, não havendo o que se falar em cerceamento do amplo direito de defesa do impugnante ou qualquer violação aos princípios que norteiam o processo administrativo fiscal. As demais questões serão apreciadas na análise do mérito, pois, apesar de estarem incluídas como vícios que inquinam a nulidade, tratam, na verdade, de questões meritórias.

Verifico, inclusive, que o próprio autuante afirma ter analisado os demonstrativos constantes dos autos conforme afirma: *“...e em nenhum momento foi facultada à Impugnante acesso aos documentos que fundamentaram a autuação da empresa, apenas a informação por meio dos relatórios juntado ao Auto de infração, que é mero demonstrativo de cálculo confeccionado pela SEFAZ/BA.”*. O PAF ficou a disposição do autuado na INFAZ de sua origem, para análise, se assim desejasse. A análise dos demonstrativos fica evidente quanto afirma que o erro está nos valores inventariados indicados nos aludidos demonstrativos entre os exercícios de 2008 e 2009, apontando as quantidades inventariadas como origem das distorções do levantamento efetuado pelos autuante.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. Convém ressaltar que o art. 150, IV, da CF, é dirigido ao legislador, o qual não pode criar tributo excessivamente oneroso, expropriatório do patrimônio ou da renda. Considero pertinente o exame, relativo a essa matéria, da Professora Mizabel Derzi, alinhado em suas notas de revisão da obra de Aliomar Baleeiro, “Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, 7ª edição, à fl. 519. Argumenta a professora, didaticamente, que o referido dispositivo constitucional não impede a aplicação de

sanções e execuções de créditos. Não se pode abrigar no princípio que veda utilizar tributo com efeito de confisco o contribuinte omissor que prejudicou o fisco, ferindo os superiores interesses da coletividade.

Não há, por conseguinte, o que se falar da violação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, pois, além de serem, no presente caso, corolários do princípio do não confisco, já analisado, não encontram amparo fático, na medida em que a multa aplicada é adequadamente modulada para o desestímulo ao descumprimento das obrigações tributárias ora apuradas. Quanto ao pleito da sua redução, não cabe competência a essa unidade fracionária do CONSEF e sim a Câmara Superior na forma do art. 159 e 169 do RFAF/BA.

É Importante destacar ainda que as decisões administrativas e judiciais colacionadas pelo contribuinte na peça de defesa, não podem servir de lastro para alterar o entendimento aqui externado, visto que as mesmas não vinculam o Estado da Bahia. Somente, através de Decisão judicial no caso concreto, em que o autuado seja parte, ou através de ação de efeitos “erga omnes”, a exemplo da ADIN, estará a Bahia obrigada a adotar posição distinta da externada na presente lide, assim como não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o art. 167, I do RFAF/BA.

Verifico que o sujeito passivo não contesta especificamente incorreções de cálculos do levantamento relativas às entradas e saídas, atacando o levantamento de estoque, sem se referir especificamente à infração 01 ou 02, razão pela qual alinho o presente voto no mesmo formato.

Diferente do alegado pelo impugnante, quanto aos lançamentos nos livros registro de Inventário, os mesmos são documentos hábeis e servem como elemento probatório, pois refletem a declaração dos estoques do contribuinte em determinado período, não trazendo o sujeito passivo aos autos, qualquer elemento que demonstre que os mesmos não sevem para os fins aos quais se destinam, bem como não apresenta o autuado qualquer documento fiscal que demonstre haver transferências para a filial que elidam a exigência.

O levantamento de estoque, efetuado pelo autuante, atendeu ao disposto na Portaria 445/98, pois os demonstrativos das apurações, tanto das omissões de entradas como de saídas foram baseadas nos estoques iniciais, nas entradas, nas saídas e nos estoques finais. As entradas, as saídas, os estoques, são provas de que foram apuradas as omissões e estão nos próprios demonstrativos juntados nos processos, inclusive com cópias entregues a empresa, conforme, acertadamente, alinha o autuante em sua informação fiscal.

As arguições de não ocorrência de fato jurídico tributável, fato gerador, não cabe acolhimento, tendo em vista o resultado do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, que resultou na presunção legal de omissão de saída de mercadorias, já mencionada.

Quanto ao aludido aproveitamentos dos créditos, decorrentes da presente imputação, não considero cabível, pois não há na aludida presunção legal, prevista no § 4º do art. 4º da Lei 7014/96, ou outra lei ou ato normativo, constante da Legislação Tributária Estadual, “para o autuado”, a previsão de concessão dos requeridos créditos fiscais para ser deduzido do apurado imposto devido, uma vez que, inclusive, não foram apresentados os aludidos documentos fiscais que amparam os questionados créditos. A presunção é de que ocorreram saídas anteriores não oferecidas à tributação, cujas receitas foram utilizadas para pagamento das notas fiscais cujos registros contábeis não constam os respectivos pagamentos, portanto não há o que se falar em não cumulatividade.

Discordo quanto à alegação de que não sendo o preposto fiscal habilitado em Ciências Contábeis, não poderia lavrar autos de infração, notificações fiscais, efetuar lançamentos de tributos ou contribuições, quando baseados em trabalhos de auditoria ou perícia contábil e que, por conseguinte, os atos praticados seriam nulos. Ressalto que, apesar do autuante ser formado em Ciências Contábeis, o Código Tributário do Estado da Bahia, bem como o art. 42 do RFAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, estabelecem a função fiscalizadora se seus prepostos, que incluem os Auditores Fiscais e Agentes de Tributos Estaduais. Portanto, como os Auditores

Fiscais têm competência para lavrar Autos de Infração, está perfeitamente legal o procedimento por ela adotado, não podendo ser acatada a nulidade suscitada.

Assim, no que alude a infração 01, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração foi caracterizada.

Quanto à infração 02, constatou-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, o valor das entradas omitidas foi superior ao das saídas, sendo 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 os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não ficou comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos.

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 **2330550301129**, lavrado contra **VIMINAS VIDROS ESPECIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$213.163,61**, acrescido das multas de 70% sobre R\$129.841,92 e de 100% sobre R\$83.321,69, previstas no art. 42, III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de outubro de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR