

AI Nº - 232845.0514/11-0
AUTUADO - RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.
AUTUANTE - VIRGÍLIO FRANCISCO COELHO NETO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 27/11/2012

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0265-03/12

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÕES DE SAÍDAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor de maior expressão monetária. Contribuinte não elide a presunção de omissão de saídas tributáveis, prevista no §4º, inciso 4º da Lei 7.014/96. Não acolhidas as arguições de nulidade. Indeferido pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 09/12/2011, exige ICMS no valor de R\$6.402,57, acrescido da multa de 70%, pela 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 entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2007.

O autuado apresentou impugnação ao Auto de Infração (fls. 35/53). 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.

Frisa que para demonstrar de forma mais específica a preterição ao direito de defesa apresenta situações específicas do auto de infração, que são meramente exemplificativas, mas que demonstram a impossibilidade do exercício do direito de defesa.

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 demonstração perfeita de cada nota fiscal não pode identificar exatamente o período, a base de cálculo para se estabelecer o preço médio constante da planilha e as datas das saídas das mercadorias. Afirma que não tem como identificar, por exemplo, o faturamento para entrega futura, como a venda em 31 de dezembro para a retirada da mercadoria pelo cliente no exercício seguinte, com o estoque do ano anterior já 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 REF? qual TV Toshiba? diz que não tem como identificar a mercadoria em si que suspostamente 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 a impede 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 que lhe é garantido.

Afirma que uma vez ultrapassada a preliminar, o que diz somente em respeito ao princípio da eventualidade jurídica, passa à análise do mérito. Assevera que apesar das falhas na confecção do auto de infração não lhe permitir adentrar ao mérito, é possível vislumbrar falhas.

Cita a questão do cartão de telefonia, em que a tributação recebe regime especial, não cabendo o cálculo apontado pela planilha.

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 previsão de uma exceção no parágrafo único do citado decreto, qual seja, quando tal redução for mais favorável para o contribuinte. Transcreve o § 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 sua utilização em detrimento ao disposto no art. 87, incisos XXIV e XXV do RICMS – Decreto 6.284/97, que reproduz.

Elabora demonstrativo que diz comprovar o benefício proporcionado pelo decreto nº 7.799/00 sobre dispositivo regulamentar com relação a venda de aparelhos celulares e os 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 essas previsões legais, aumentou a base de cálculo. Pede anulação do auto de infração por padecer de falta de embasamento legal. Requer a compensação do crédito que afirma possa ter eventualmente, com o imposto a ser recolhido neste auto de infração.

Argui que sobre diversos produtos assinalados na planilha que embasou a ação fiscal teve que efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, o que lhe daria direito a 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 das diferenças apuradas pelo auditor fiscal.

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 da antecipação parcial existiu e pede sejam compensadas com o imposto porventura existente neste auto de infração ou que tenha direito a se creditar de tais valores posteriormente.

Discorre sobre a não cumulatividade do ICMS nos termos do art. 155, § 2º, inciso I da Constituição Federal de 1988. Acrescenta que pela própria descrição do auto de infração de que o ilícito tributário é “recolher a menos o ICMS”, o mesmo somente será perfeitamente identificado se forem analisados de forma conjunta os débitos e os créditos, portanto seria necessária a realização de diligência a fim de se apurar o efetivo crédito a que teria direito.

Requer a anulação do auto de infração, e caso superada, seja determinado que o trabalho fiscal seja refeito para identificar de forma clara os documentos fiscais a que se referem as mercadorias e o período relacionado. Pede que a apuração de ICMS, que diz ter refeito, seja aceita e que sejam considerados os valores mencionados nestas planilhas como verdadeiros. Pede ainda, a concessão do crédito para ser abatido, caso haja imposto a ser recolhido. Requer a realização de diligência fiscal.

O autuante (fls.83/86) 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 autuada não tendo elementos para contestar o auto de infração, parte para alegações descabidas, pois à fl.28, 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 constam 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 os códigos dos produtos, seguidos da segunda coluna com a discriminação dos mesmos. Observa que a autuada estabelece a codificação de suas mercadorias 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 que o contribuinte não pode alegar 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 e que foram perfeitamente identificados todas as mercadorias utilizadas no levantamento.

Rebate o 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 de sequer analisar os produtos relacionados no demonstrativo que levantou o Estoque, pois se assim procedesse observaria que para determinar o preço médio dos produtos utilizou-se do valor constante nas notas fiscais de saídas. Portanto, para apuração da base de cálculo foi utilizado o valor líquido do documento fiscal, desse modo já com as reduções de base de cálculo reclamadas pelo autuado.

Aduz ser descabido também o pedido de diligência, já que ficou demonstrado que a empresa, ao que parece, pretende apenas postergar o julgamento do referido auto de infração. Salienta que as alegações da impugnante não podem prosperar, pois não têm consistência, visto que o levantamento quantitativo do Estoque foi realizado com base nos dados fiscais encaminhados à Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia pela própria empresa, e que os demonstrativos de entradas e de saídas, bem como de determinação do preço médio e das omissões foram devidamente entregues ao autuado.

Reitera que os produtos objeto do levantamento possuem código estabelecido pela própria empresa, seguido da discriminação dos produtos e que em momento algum a empresa contestou as diferenças apuradas ficando apenas especulando com argumentação protelatória. Conclui opinando pela procedência.

Esta 3^a JJF baixou os autos em diligência, fl.95, 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 presente 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. 97/98. O impugnante voltou a se manifestar, fls. 102/106. Diz que os arquivos apresentados pela INFRAZ de origem demonstram que o Auto de Infração deverá ser anulado. Repete argumentos da defesa inicial.

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, inciso 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. 111/114. Diz que foi atendida a diligência nos termos solicitados, mas a nova defesa 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 impugnante contestou os números constantes do levantamento fiscal que foram realizados com base nos arquivos magnéticos da própria empresa. De igual forma não contrapôs um demonstrativo com suas operações para confrontar com o da fiscalização. Não contestou quantidade de saídas ou 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 defensor, constato que o Auto de Infração foi lavrado na forma regulamentar. O imposto, sua base de cálculo e os valores das multas aplicadas foram apuradas consoantes os levantamentos fiscais entregues ao contribuinte fls. 21/29, e em conformidade com a legislação vigente.

O impugnante alegou em peça defensiva que não conseguiu identificar dados imprescindíveis 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 constante da planilha do autuante, as datas das saídas das mercadorias, como foi considerado o faturamento quando das vendas para entrega futura, não conseguindo ler o produto ou a marca da mercadoria que suspostamente saiu sem nota.

Em fase instrutória foi verificado que constava da mídia eletrônica de dados – CD anexado à fl. 28, 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.95, 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 102/106. Em sendo assim, o contribuinte recebeu todos os demonstrativos onde consta 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 defensor 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 defendant, mediante recibo fl.98, 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 constatado foi o das entradas omitidas, pelo levantamento fiscal, resta claro que o valor de maior expressão apurado foi o efetivamente cobrado no auto de infração, o das saídas. 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 de saídas, 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 referência 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 445/98.

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.

Saliento que os valores comprovadamente pagos, a título de ICMS antecipação parcial, podem ser lançados normalmente no livro registro de Apuração de ICMS, na coluna outros créditos, nos termos da legislação vigente.

Constatou que a exigência fiscal está caracterizada conforme Demonstrativo das Omissões – fls. 21/29, 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 consta a identificação de todas as notas fiscais alvo da exigência, com a perfeita descrição das mercadorias, tanto de entradas como de saídas, com número, data de emissão, quantidades e valor monetário, associados a cada mercadoria, 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, entendo que a infração restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **232845.0514/11-0**, lavrado contra **RICARDO ELETRO DIVINÓPOLIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 6.402,57**, 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, 19 de novembro de 2012.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATALIA BISPO DOS SANTOS - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR