

A. I. Nº - 206948.0008/12-2
AUTUADO - DISMEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/05/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0053-05/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração não elidida pelo sujeito passivo. Levantamento efetuado com base nos arquivos magnéticos fornecidos pelo próprio contribuinte à SEFAZ-BA. Afastadas as preliminares de nulidade. Indeferido os pedidos de diligência e de perícia fiscais. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/11/2012, para exigir ICMS no valor de R\$1.090.020,32, em razão do contribuinte ter cometido a seguinte infração: *“Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado”*. Exercícios fiscalizados: 2007 e 2008. Multa aplicada: 70%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

A ciência do Auto de Infração (A.I.) foi dada em 30/11/2012, pessoalmente, através de aposição de assinatura do representante legal da empresa, na pessoa do seu diretor executivo.

O contribuinte protocolou pedido de dilação de prazo para apresentação de defesa, apensada à fl. 19 do PAF. Registrou, nessa peça, que o seu sistema informatizado de controle de estoques, para os exercícios de 2007 e 2008, encontrava-se desativado desde agosto de 2009, razão pela qual necessitava recorrer ao fornecedor dos serviços de T.I. (tecnologia da informação), para fins de conferência do levantamento fiscal. Solicitou prorrogação de prazo para impugnação, em pelo menos 60 dias. Solicitou também a entrega dos arquivos do levantamento fiscal no formato de planilha eletrônica, com a inserção dos demonstrativos em que foram apuradas as eventuais omissões de saídas de mercadorias.

A fl. 72 o contribuinte apresentou nova petição, protocolada em 13/12/2012, desta vez, solicitando a cópia impressa de todos os demonstrativos fiscais vinculados ao Auto de Infração, para fins de exercer o seu direito à ampla defesa. Reiterou também o seu pedido anterior da dilação de prazo para apresentação da peça defensiva.

O autuante apresentou informação fiscal, subscrita em 27/12/2012, juntada às fls. 75/76, afirmando que a autuada não fez qualquer comentário quanto aos números apuradas na ação fiscal, constante dos demonstrativos apensados às fls. 21 a 61 do presente PAF, limitando-se apenas a solicitar dilação de prazo para impugnação, além da entrega, não só em forma eletrônica, como também física, dos Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, estes, em duas vias, uma para a autuada e outra para anexar aos autos.

Ressaltou que os números da fiscalização, já eram do conhecimento da autuada, pois, em 19/11/2012, o contribuinte fora intimado, preliminarmente, conforme documento anexado às fls. 18 do PAF, para que, num prazo de dez dias, fossem apresentados os esclarecimentos necessários, por escrito, em face do ilícito fiscal constatado.

Findo o prazo dado e não havendo esclarecimentos, os créditos fiscais foram reclamados mediante lavratura de Auto de Infração. O documento às fls. 19 do PAF demonstraria, para o autuante, que o contribuinte se absteve de apresentar os esclarecimentos solicitados, limitando-se apenas a solicitar a dilação do prazo de pelo menos sessenta dias, além da solicitação de entrega dos demonstrativos fiscais.

Ressaltou que os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em CD, foram entregues ao contribuinte em 30/11/2012, sob forma de Arquivos Eletrônicos, mediante Recibo Eletrônico com MD5 do *autentication*, juntados às fls. 65, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença do Diretor Executivo da Dismel, Sr. Osmar Oliveira de Araújo.

Ressaltou ainda que seriam necessárias 48.278 (quarenta e oito mil, duzentos e setenta e oito) folhas impressas para atender o perito da empresa e que os Papéis de Trabalho não foram entregues impressos integralmente, apenas as primeiras e últimas folhas de cada item, conforme quadro demonstrativo apresentado na informação.

Ressaltou ainda que as auditorias fiscais hoje em dia são realizadas eletronicamente, e que este procedimento teve origem em 1995 com a edição, pelo CONFAZ, do Convênio ICMS 57/95, que dispôs sobre a emissão de documentos fiscais e escrituração de livros fiscais por contribuinte usuário de sistema eletrônico de processamento de dados, que emita documento fiscal e/ou escreva livro fiscal em equipamento que utilize ou tenha condições de utilizar arquivo magnético ou equivalente ou utilize equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF), em condições de gerar arquivo magnético, por si ou conectado a outro computador.

Destacou também que a Auditoria Fiscal, em face da extensão do período fiscalizado (2007 e 2008), do número de itens de mercadorias selecionados para o levantamento fiscal, bem como do volume de operações envolvidas, foi realizada de forma totalmente virtual com base nos Livros Fiscais disponibilizados para a fiscalização em meio magnético, bem como nos arquivos magnéticos transmitidos pelo contribuinte à base de dados da Secretaria da Fazenda.

Pedi pela manutenção, na íntegra, dos valores lançados no Auto de Infração.

O contribuinte, em 28/12/2012, apresentou impugnação ao lançamento fiscal, dentro ainda do prazo estabelecido pelo RPAF/99, de 30 dias.

Inicialmente, a defesa discorreu que o autuante, após alguns meses de fiscalização, lavrou o Auto de Infração, onde, por meio de auditoria de estoques, apurou omissões de entradas de mercadorias sujeitas ao regime normal de apuração nos exercícios de 2007 e 2008, pelo que acabou exigindo, POR PRESUNÇÃO, o ICMS nos valores, respectivamente, de R\$799.458,86 e R\$290.561,46, totalizando, assim, o imposto no montante de R\$1.090.020,32.

Frisou, em seguida, que o autuante aplicou vários roteiros de Auditoria, enumerados na peça defensiva, só encontrando irregularidades quando executou o roteiro AUDIF 207 – Auditoria de Estoques. Disse que o próprio autuante afirmou que a fiscalização teve por base os lançamentos “virtuais”, correspondentes aos arquivos magnéticos gerados pela empresa. Reafirmou que

diante do volume de dados gerados na ação fiscal e exiguidade de tempo concedida pelo auditor, de 10 (dez) dias para revisão dos procedimentos fiscais, solicitou dilação de prazo para apresentar a defesa e também requereu a impressão, em papel, de todos os relatórios gerados na auditoria fiscal, para entrega e também juntada aos autos. Disse ainda que a empresa foi submetida a um verdadeiro “pente fino”.

Não obstante estes aspectos, porém, o sujeito passivo entende que há vários equívocos no levantamento fiscal, os quais estão a acarretar uma cobrança indevida do imposto lançado no Auto de Infração.

Suscitou, em seguida, a nulidade do processo administrativo fiscal, com arrimo nas disposições do art. 18 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Entende que houve cerceamento ao direito de defesa, em virtude da não observância, pelo fisco, de dispositivos da legislação tributária.

Com base também nas disposições dos arts. 5º, inc. LV, da CF/88 e 123, do RPAF/66, disse que para que a defesa pudesse ser formalizada, seria essencial que o autuado, desde o ato de ciência acerca da lavratura do Auto de Infração, fosse dado a conhecer o verdadeiro teor das acusações, em todos os seus detalhes. Frisou que o fisco não deveria criar qualquer tipo de dificuldade para o exercício do direito de defesa da empresa. Declarou ser esta a inteligência a ser extraída das regras contidas no art. 41 c/c art. 46, do RPAF/99. No caso em questão, entende ter havido claro cerceamento ao seu ao direito de defesa.

Argumentou também que o autuante não observou as regras e procedimentos previstos na Portaria 445/98. Destacou que a complexidade da auditoria de estoques é proporcional à quantidade de operações e itens a serem analisados e que este tipo de procedimento deve sofrer uma análise crítica por parte de quem a executa, para fins de se verificar se os elementos e números obtidos fazem ou não sentido no contexto geral da fiscalização, sem perder de vista o perfil e o histórico da empresa auditada.

No caso do presente Processo Administrativo Fiscal – PAF, a defesa sustenta que o autuante, apesar de todo o seu conhecimento técnico, acabou não se atentando a “detalhes” previstos na Portaria nº 445/98, fato que teria comprometido a validade dos resultados apontados nos demonstrativos fiscais. Transcreveu em seguida as regras contidas no art. 3º da citada Portaria, para concluir que os resultados da auditoria de estoques acabaram completamente distorcidos, não retratando, portanto, a realidade dos fatos.

Reiterou o pedido de nulidade, apontado que o procedimento fiscal incorreu no vício formal contido no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, visto que *o lançamento de ofício não apresenta elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator*.

Ao ingressar no mérito da causa, enfatizou, a partir dos papéis de trabalho que lhe foram entregues, que o levantamento fiscal apresenta vários erros de quantificação das operações realizadas pela empresa no mês de JAN/07. Apontou também que houve erro na apuração dos preços médios unitários de diversas mercadorias, que houve erro na indicação de estoque inicial, que houve erro na indicação de estoque final etc.

Citou trecho da decisão exarada no ACÓRDÃO CFJ Nº 0243-12/10, que anulou levantamento fiscal de estoques por inconsistências insanáveis do procedimento fiscal.

Enfatizou também que o autuante deixou de considerar, no seu levantamento por presunção, que parte das operações de saídas da empresa se dá sem tributação do ICMS, constituindo mais uma falha técnica do procedimento fiscal.

Ao finalizar a peça defensiva, requereu a decretação de NULIDADE do Auto de Infração, em consonância com as arguições preliminares, visto que a constituição do ato de lançamento estaria alicerçada em desacordo com os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório,

bem como pelo fato de não terem sido observadas diversas formalidades de vital importância para a existência regular do processo.

Pedi também a decretação de Improcedência da autuação.

Requeru, por fim, o direito de provar tudo quanto foi alegado, por todos os meios admitidos em direito, inclusive, por meio de diligências e perícias fiscais, e, também, de juntada posterior de novos documentos.

Disse ainda que em virtude de ter havido troca do sistema de controle de estoques existente à época dos fatos geradores (2007 e 2008), a empresa se encontrava em dificuldades de obter dados dos arquivos da época. Todavia, estaria, mesmo assim, mantendo contatos com sua equipe de TI – Tecnologia da Informação, a fim de ultrapassar essas dificuldades e trazer mais elementos para os autos.

Em nova informação fiscal, juntada à fl. 114 dos autos, o autuante, destacou inicialmente, que a acusação fiscal fez referência à 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 estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 2007 e de 2008. Disse que esta acusação encontra-se devidamente demonstrada, onde constam especificadas e relacionadas às quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais, os estoques inicial e final, os demonstrativos de estoques, e a demonstração de apuração do débito. Que o resultado do levantamento fiscal efetuado ao revelar omissões de entradas, ou seja, entradas não contabilizadas, autoriza o fisco presumir a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, sujeitando-se o contribuinte à multa de 70% tipificada no art. 42, inciso III, alínea “g”, da Lei nº 7014/96.

No tocante aos argumentos defensivos, declarou não ser suficiente a simples alegação do contribuinte de que “...*Houve erro na quantificação das operações realizadas pela empresa no mês de JAN/07, houve erro na apuração dos preços médios unitários de diversas mercadorias, houve erro na indicação de estoque inicial, houve erro na indicação de estoque final etc.*” (fls. 87, do PAF).

Disse que o contribuinte deveria ter tido uma postura pró-ativa, apresentando, espontaneamente, as provas de que dispusesse, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, independentemente de qualquer intimação, até porque envolveria obrigação do contribuinte expressamente consignada no “caput” do Art. 123 do RPAF.

Enfatizou, em seguida, que o levantamento fiscal obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, que o débito foi calculado seguindo os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, em relação a cada exercício fiscalizado. Destacou também que o autuado recebeu em 30/11/2012 todos os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em CD, sob forma de Arquivos Eletrônicos mediante Recibo Eletrônico com MD5 do *authentication*, às fls. 65 e 66, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença do Diretor Executivo da Dismel, Sr. Osmar Oliveira de Araújo, razão pela qual poderia o contribuinte exercer com plenitude, a ampla defesa e o contraditório. Em decorrência disso, sustenta que não há que se falar em nulidade da ação fiscal.

Enfatizou ainda, quanto à entrega dos Papéis de Trabalho, que as disposições do DECRETO Nº 14.207, de 13/11/2012, publicado no Diário Oficial de 14/11/2012, acrescentou ao RPAF vigente o art. 121-A, a seguinte regra: “*Os atos, termos, informações e papéis de trabalho necessários para instrução de Processo Administrativo Fiscal poderão ser encaminhados de forma eletrônica, instaurando-se o Processo Administrativo Fiscal Eletrônico (PAF-e).*”

Ao concluir a peça informativa, o autuante pediu pela manutenção “*in totum*” do Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração versa sobre a falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente.

A defesa arguiu nulidades e improcedência da autuação fiscal.

No tocante às preliminares de nulidade, afasto as arguições do sujeito passivo considerando que o autuado recebeu em 30/11/2012 todos os Papéis de Trabalho produzidos pela fiscalização, gravados em CD, sob forma de Arquivos Eletrônicos mediante Recibo Eletrônico conforme demonstrado às fls. 65 e 66, tendo sido, no ato da entrega, todos abertos normalmente na presença do Diretor Executivo da empresa autuada. Poderia, portanto, contribuinte exercer com plenitude, a ampla defesa e o contraditório. Inexiste o alegado vício de nulidade da ação fiscal, por cerceamento do direito de defesa.

Em relação aos procedimentos da Portaria nº 445/95, também não vislumbro os vícios apontados na peça defensiva. O contribuinte sequer apontou, no levantamento, quais os procedimentos que deixaram de ser atendidos. Por sua vez, a auditoria fiscal teve por base os arquivos magnéticos enviados pelo contribuinte para a SEFAZ-BA. Afasto também, esta preliminar de nulidade.

Indeferido o pedido de realização de diligência fiscal. Verifico que não há necessidade para a adoção de medida revisional. Com base no art. 147, inc. I, do RPAF/99, nego o pedido de revisão do feito, por considerar que os elementos existentes nos autos são suficientes para a elaboração da decisão administrativa. O levantamento fiscal se encontra respaldado nos documentos e demonstrativos acostados aos autos, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, mediante recibo, conforme enfatizado acima. Ademais, o contribuinte não trouxe na peça defensiva qualquer elemento de prova que pudesse ser confrontado com o levantamento fiscal elaborado pelo autuante.

No mérito, os argumentos defensivos gravitaram em torno da existência de: I) erro na quantificação das operações realizadas pela empresa no mês de JAN/07; II) erro na apuração dos preços médios unitários de diversas mercadorias; III) erro na indicação de estoque inicial, e: IV) erro na indicação de estoque final, conforme foi detalhado à fl. 87, do PAF. O contribuinte também declarou que o levantamento fiscal não considerou o fato de que diversas operações com mercadorias não seriam tributadas pelo ICMS.

Todas as alegações defensivas não se fizeram acompanhar de provas materiais que indicassem equívocos do levantamento fiscais. Os apontados erros materiais só poderiam ser elididos com a juntada de elementos de prova de demonstrassem o desacerto do procedimento fiscal.

Nos termos dos arts. 142 e 143, do RPAF/99, temos que:

Art. 142. 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.

Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Limitou-se o contribuinte a alegar que em virtude de ter havido troca do sistema de controle de estoques existente à época dos fatos geradores (2007 e 2008), a empresa se encontrava em dificuldades de obter dados dos arquivos da época. Todavia, estaria, mesmo assim, mantendo contatos com sua equipe de TI – Tecnologia da Informação, a fim de ultrapassar essas dificuldades e trazer mais elementos para os autos.

Porém até agora nada foi trazido ao processo que pudesse operar efeitos modificativos no Auto de Infração.

Frente ao acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206928.0006/12-8**, lavrado contra **DISMEL COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento imposto no valor de **R\$1.090.020,32**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2013.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR