

A. I. Nº - 207158.0005/11-9
AUTUADO - AZEVEDO CRUZ & CIA. LTDA.
AUTUANTE - MÔNICA MARIA COSTA FERREIRA
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 15. 08. 2013

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF Nº 0171-01/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença nas 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. As alegações defensivas não elidem a acusação e as provas acostadas aos autos, posteriormente, já haviam sido devidamente consignadas. Infração caracterizada. Afastadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/03/11 exige a 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, no exercício fechado de 2006 e 2007. Valor de R\$ 78.001,16. Multa 70%.

O sujeito passivo protocola suas razões de defesa às fls. 73/75, através de advogado regularmente estabelecido, mandato de Procuração, fl. 76, argüindo que as intimações devam ser enviadas para o seu escritório. Suscita nulidade dos autos, posto que não recebeu os demonstrativos analíticos concernentes a auditoria de estoques, além dos demonstrativos dos preços médios unitários.

Pede ainda decadência do direito de constituição dos créditos tributários, no período ocorrido até 30.03.2006, uma vez que somente fora intimado do lançamento de ofício, no dia 30.03.2011. Aduz que no caso da auditoria de estoque, não há de conceber que todas as omissões aconteceram em dezembro, eleito como mês de ocorrência. Lembra ainda a Súmula Vinculante do STF nº 08.

No mérito, alega inconsistências na autuação, na medida em que se apurou omissão de entrada para todos os produtos e exercícios, que é forte indício de que as entradas regulares não foram consideradas. Diz que identificou, por exemplo, em 2007, não foram computadas as notas de compra de outubro que, sequer, foram apresentadas à fiscalização. Destaca a nota fiscal 38094.

Aduz que fato idêntico ocorreu com relação ao exercício de 2006, cujos comprovantes estão sendo buscados junto aos fornecedores, o que pede para ser juntado posteriormente. Protesta pela produção de provas admitidas no direito, revisão fiscal, nulidade ou improcedência dos autos.

Na Informação prestada às fls. 108/110, a Auditora Fiscal contrapõe que apurou omissão de saída de mercadorias tributáveis, conforme “Levantamento Quantitativo por Espécie de Mercadoria”, cujas cópias estão acostadas aos autos e foram também entregues ao autuado, quando da assinatura do

auto de infração. Diz que, além disso, sempre estiveram disponíveis para o contribuinte, de acordo com o art. 11, RPAF/BA.

Discorda da posição defensiva quanto ao pedido de decadência, pois a própria Ordem de Serviço respeita tal prazo. Diz que o levantamento levou em consideração todos os livros e documentos fiscais apresentados pelo próprio autuado, que não trouxe comprovante divergência alegada.

Afirma que o procedimento está de acordo com a legislação do imposto e pede sua procedência.

Na diligência fiscal de fl. 114, o órgão julgador considerando o impasse estabelecido decide encaminhar o PAF à Inspetoria de origem para que seja verificado o efetivo lançamento das notas fiscais de entrada no presente levantamento fiscal, em particular a nota fiscal 38094, de 04.10.07.

Em atendimento à diligência, fls. 118/119, diz a Auditora que, intimado, o contribuinte apresentou apenas a cópia da nota fiscal 38.094, acostada aos autos. Verificou que os produtos descritos no referido documento não fazem parte da Auditoria de Estoque, concluindo que o autuado não apresentou qualquer outra prova de divergência no levantamento fiscal.

Intimado para conhecer do resultado da diligência referenciada, o autuado, através de seu patrono, ratifica os termos da defesa anterior que não recebeu os demonstrativos da exigência fiscal. Acosta aos autos “documentos novos”, fls. 130/151. Pede que se apure as inconsistências que permanecem. Reitera o pedido de nulidade ou a improcedência dos autos.

Em nova Informação, fl. 155, a Auditora Fiscal aduz que a recente manifestação do autuado é mera repetição da anterior. Mantém os termos da autuação.

Tendo em vista as argumentações retro descritas, o órgão julgador converte o PAF em nova diligência, fl. 159, apelando para que sejam observados os princípios informadores do Processo Administrativo Tributário, no sentido de que sejam coligidas aos autos todas as provas materiais que prestigiem o acerto tributário, independente das afirmativas das partes.

Solicita que seja efetuada a entrega ao contribuinte, ou ao seu patrono, de todos os demonstrativos analíticos, sintéticos, dos preços médios apurados, às fls. 06/58, ou quaisquer outros que tenham repercussão nos valores que formaram a presente exigência, verificando ainda o efetivo lançamento das notas fiscais de entrada no presente levantamento fiscal, tendo em vista a afirmação da defesa: *“forte indício de que entradas regulares não foram consideradas”* (I) intimar formalmente o autuado, ou seu patrono, para que apresente as notas fiscais de entradas com as quais espera elidir a omissão apontada (II); que a Auditora Fiscal aprecie as possíveis repercussões dos “documentos novos”, acostados pelo autuado, as fls. 130/151, além dos novos documentos, caso sejam também apresentados; (IV) elaborar, em sendo o caso, novo demonstrativo de débito. O material recém produzido, além dos documentos iniciais que sustentam a exigência devem ser entregues, formalmente, ao autuado com o visto de seu recebimento, além da reabertura do prazo para a defesa.

Informa a Auditora Fiscal, responsável pela ação fiscal que, em atendimento à diligência, entregou ao autuado todos os demonstrativos do PAF, conforme recibo de fl. 164. Diz que intimou o contribuinte para apresentar todas as notas fiscais de entrada e o mesmo respondeu que não localizou novas notas fiscais, por isso, mantém a autuação.

Intimado, o autuado, através de seu advogado, requer que as intimações relativas ao presente PAF sejam entregues aos profissionais contratados e reitera a decadência, no período apontado. Alega que não foi atendida à solicitação do órgão julgador, pois a preposta do Fisco disse simplesmente que não caberia nenhum novo demonstrativo tendo em vista que o autuado não apresentou novos documentos, indagando pelos “velhos documentos”, juntado desde o início.

Deduz que o assunto não foi tratado com isenção, prejudicando a defesa e a verdade material. Pede a nulidade do Auto de Infração ou uma nova diligência por fiscal estranho ao feito.

No mérito, reitera que ainda existem inconsistências e que notas fiscais de compras não foram computadas. Insiste que o lançamento é nulo porque a diligência não foi realizada.

Em nova Informação Fiscal, a Auditora argui que cumpriu a diligência solicitada e que o pronunciamento do autuado apenas se repete. Mantém a autuação e pede sua procedência.

VOTO

Cuida esse Processo Administrativo Fiscal - PAF da falta de recolhimento do ICMS apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios fechados de 2006 e 2007, em relação às 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, no valor global de R\$ 78.001,16.

Preliminarmente, argui o sujeito passivo que as intimações sejam enviadas para o escritório do seu advogado legalmente constituído, sob pena de nulidade; suscita nulidade também, sob o argumento que não recebeu os demonstrativos analíticos e dos preços médios unitários concernentes a auditoria de estoques. Alega ainda a decadência do direito de constituição dos créditos tributários, no período ocorrido até 30.03.2006, uma vez que somente fora intimado do lançamento de ofício, no dia 30.03.2011, aduzindo que em auditoria de estoque, não há de conceber que todas as omissões aconteceram em dezembro, mês eleito como o da ocorrência.

O exame dos autos mostra que as irregularidades apuradas no estoque de mercadorias do contribuinte levado a termo no Processo Administrativo Fiscal - PAF está alicerçada nos documentos anexados. O autuado pode exercer com liberdade e com os elementos de prova de que dispunha, a sua defesa; quando careceu de esclarecimentos adicionais, a autoridade julgadora de primeira instância determinou de ofício a realização de diligências, o que foi observado pela preposta do Fisco designada, não carecendo, portanto, a necessidade da realização de nova diligência por fiscal estranho ao feito, como é o pedido do autuado. Não houve insegurança na determinação da infração, na apuração da base de cálculo e a presente exigência não incide em nulidade, nos termos do art. 18, RPAF/ BA.

Com relação à entrega das intimações do presente PAF no escritório do advogado constituído, não existe óbice em observar tal pedido, contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos autos ao sujeito passivo encontra-se prevista no artigo 108, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – Decreto nº 7.629/99 e em perfeita sintonia com o estabelecido no Código Tributário Nacional – CTN, art. 127, que orienta a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo, desde que não elaborada de modo a prejudicar o trabalho do fisco.

Sobre a decadência de parcela do débito, no período arguído pelo autuado, temos que a incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN (lançamento por homologação), diz respeito às situações nas quais o contribuinte lançou o valor do imposto e antecipou o seu pagamento antes da homologação pela autoridade administrativa.

No caso da presente lide, o Fisco apurou a falta de pagamento de ICMS, através do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, nos exercícios de 2006 e 2007, constituindo o crédito tributário, mediante lançamento de ofício e, neste caso, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I do CTN. O prazo para a contagem, no caso concreto, iniciou-se em 01/01/2007, com prazo final em 31/12/2012. A notificação do lançamento ao sujeito passivo ocorreu em 30/03/2011. Não há que se falar, portanto, em decadência, e não tem interferência, no caso, o fato de a auditoria de estoque apurar as omissões em dezembro de cada ano, nem houve extinção do crédito tributário, no período supra descrito. Disposições contidas no Código Tributário Estadual, aprovado pela Lei 3956/81 (art. 107-A) e art. 965, RICMS/BA. Ressalto, ainda, que tem sido esse o entendimento do CONSEF em reiteradas decisões. Entre tantas, o Acórdão CJF 0102/12-05.

No mérito, alega o autuado a existência de inconsistências na autuação, visto que não foram consignadas, no levantamento quantitativo dos estoques, as entradas das mercadorias para todos os

produtos, exemplificando com as notas fiscais de entrada de outubro de 2007, entre elas a nota fiscal nº 038094, cuja cópia acosta aos autos. Diz que os demais documentos seriam buscados entre os fornecedores. Acosta cópias de notas fiscais, fls. 83/104.

A auditoria de estoque de fls. 06/66 demonstra a apuração das omissões de entrada com a discriminação dos produtos selecionados, a base de cálculo e os respectivos valores do ICMS que deixou de ser recolhido, 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 (omissão de saídas) realizadas anteriormente, também não contabilizadas, no mesmo exercício, no valor de R\$ 78.001,16.

Objetivando dirimir as dúvidas em direção à verdade material e apurar os fatos contestados pelo sujeito passivo, o PAF foi convertido em diligência, em duas oportunidades, intimando a participação do autuado, que deveria carregar provas aos autos à respeito da matéria em discussão, sobretudo, após a 2ª diligência fiscal de fl. 159, designada para a entrega de demonstrativos analíticos, sintéticos, de preços médios unitários, que instruíram a exigência e em resposta à arguição do próprio autuado.

Constatou que as mercadorias constantes na nota fiscal nº 38094, fl. 121, apresentada, após a lavratura do Auto de Infração, foram desconsideradas porque não constam entre aquelas selecionadas no levantamento fiscal, conforme, inclusive, atesta a Auditora Fiscal.

Verifico ainda que os demais documentos de prova acostados aos autos, fls. 130/151 (os mesmos apresentados às fls. 83/104), em contrário da avaliação do sujeito passivo, foram devidamente considerados na auditoria de estoques, desde o início da ação fiscal, motivo da afirmação da Auditora Fiscal que não caberia nenhum novo demonstrativo de débito. Assim é que, por exemplo, no exercício 2006, as notas fiscais nº 13.403 e 13.410 (camisa de malha MC HIS) foram consideradas na quantidade de entradas apuradas no levantamento fiscal; as notas fiscais 13.409 e 13.416 (calça jeans lycra) foram desconsideradas porque tais mercadorias não foram objeto do levantamento de estoques, no exercício. De igual forma, no exercício 2007, a nota fiscal nº 13.432 (calça jeans básico) foi considerada na quantidade das entradas apuradas no levantamento fiscal, assim como as notas fiscais nº 13.448 e 13.455 (bermuda microfibra); por outro lado, a nota fiscal 13.467 (camiseta malha básica) foi desconsiderada porque tal mercadoria não foi objeto do levantamento de estoques, no exercício.

O presente levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias foi elaborado em observância às orientações contidas na Portaria 445/98 e as provas colacionadas pelo sujeito passivo, “novos ou velhos documentos”, foram devidamente consignadas na elaboração dos demonstrativos que deram origem a exigência, com base nos documentos fiscais requisitados pela fiscalização e devidamente escriturados pelo próprio contribuinte autuado. A infração resta integralmente caracterizada, no valor de R\$ 78.001,16.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207158.0005/11-9**, lavrado contra **AZEVEDO CRUZ & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 78.001,16**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de julho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR