

A. I. N° - 206896.0915/12-5
AUTUADO - COMAMPAC COMERCIAL DE MADEIRAS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 06.12.2013

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0269-02/13

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 28/09/2012, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$34.692,38, em razão de:

INFRAÇÃO 01- 04.05.01 –Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2010 e 2011.

O autuado, às folhas 29 a 48, impugnou o lançamento tributário, preliminarmente, arguindo nulidade alegando que nos autos não constam elementos que permitam identificar com o máximo de segurança e precisão, pois a descrição dos fatos prima pela evasividade, havendo apenas a transcrição de dados do que alega serem as movimentações mensais, todavia, não existem informações com qualquer detalhamento das supostas diferenças, especialmente quanto aos documentos que compõem a alegada diferença, o tipo de mercadoria, se estão ou não sujeitas à substituição tributária.

Frisa que o demonstrativo de débito dificulta a defesa, por não apresentar todos os esclarecimentos acerca das vendas que comporiam o valor da acusação fiscal.

Ressalta que o autuante teve a oportunidade de examinar todos os livros e documentos fiscais da empresa, entretanto, preferiu lavrar o Auto de Infração com base em mera presunção, o que ofende o princípio da verdade material, não tendo efetivamente provado a existência real de omissões de entradas e saídas de mercadorias tributadas, citando o art. 333, I, do CPC, e doutrina sobre o tema.

Entende que o lançamento de ofício é improcedente e tece comentários sobre o sistema tributário brasileiro, inclusive falando em presunção relativa, *juris tantum*.

Reitera que não houve clara fundamentação, sem ter sido ressaltado ao autuado o que efetivamente teria sido supostamente apurado de diferenças de estoques.

Aduz que a fiscalização não considerou o Livro de Inventário, estoque inicial e estoque final, com demais livros do autuado, incluindo-se o livro de controle de estoque por produto, além do controle de estoque mantido por esta empresa, daí a arguição de que os requisitos descritos no

art. 39, do RPAF-BA não foram completamente atendidos a se configurar causa de nulidade do auto de infração.

Frisa que o art. 41 do RPAF-BA reza que o auto de infração deve ser acompanhado dos demonstrativos e dos levantamentos pelo fiscal autuante (o que somente foi parcialmente), se houver, e das provas necessárias à tornar pertinente a acusação fiscal, confirmando a presunção feita a partir do que permite o art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96.

Afirma que a autuada não se recusou a colaborar com a fiscalização, de modo algum, e muito menos de fornecer todos os seus documentos para que evitar a imputação de suposta infração fruto de uma mera presunção de que houve um agir ilegal de omissão de saídas de produtos sem escrituração e sem o pagamento correspondente do ICMS.

Diz que foi desconsiderado o aspecto do estabelecimento comercializar uma gama bastante variável de material de construção, sujeito ao regime da antecipação /substituição tributária.

Salienta que o levantamento quantitativo das entradas e saídas de mercadorias do estoque confrontadas com as quantidades de saídas do respectivo exercício não resulta na conclusão incontestada de que, no mesmo exercício, houve as alegadas diferenças e que por isto o imposto deve ser exigido.

Requer a realização de diligência, primeiramente, pelo próprio preposto fiscal, para se proceder a análise com auditoria de estoques-levantamento quantitativo, a resultar dessa revisão fiscal, em novos demonstrativos espelhados em planilhas esclarecedoras e fundamentadas, a incluir o documento de entrada, o de saída, a nota fiscal, valor, base de cálculo, mercadoria em st, diferença.

Frisa que, caso a preliminar eventualmente não venha a ser acolhida, apresenta abaixo impugnação quanto ao mérito.

Reitera o pedido de diligência.

Ao tratar da base de cálculo, observa que no demonstrativo que acompanha a autuação, o autuante fez constar, inclusive, códigos diversos para o mesmo produto, como também fez constar saldo inicial zero em alguns, e sem considerar os reais movimentos de entrada e saída conforme a evolução cronológica do estoque.

Afirma que: Com efeito probatório bastante, e a demonstrar a inconsistência do DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DE ESTOQUE feito pelo fisco, apresenta a autuada, como PROVA CONTUDENTE planilha discriminativa denominada POSIÇÃO DE ESTOQUE DE ENTRADA E DE SAÍDA II de 01/01/2010 –movimento inicial - a 31/12/2010 -movimento final - , juntamente com o Livro de Registro de Saídas Modelo P 2/A, como também, exemplificando, planilhas de todo o período contendo a evolução cronológica dos produtos abaixo relacionados a evidenciar que não houve saldo inicial zero, discriminando-se as entradas, as saídas, para se quantificar corretamente o saldo final, o que não foi realizado pelo d. autuante.

PRODUTO 19 CAIXA D'ÁGUA FIBRA 10000 LTS;

PRODUTO 21 CAIXA D'ÁGUA FIBRA 15000 LTS E DANFE CORRELATO;

PRODUTO 588 CANALETE 90 8200- COM NOTAS FISCAIS E DANFES CORRELATOS;

PRODUTO 564 CANALETE 49 5500 – IDEM, COM NOTAS FISCAIS E DANFES CORRELATOS;

PRODUTO 560 CANALETE 49 4500- IDEM;

PRODUTO 568 CANALETE 49 6500 – IDEM;

PRODUTO 120 CALHA PLUVIFORT 1.6 – IDEM;

PRODUTO 1780 SUPORTE PARA PERSIANA GRANDE 45°- DANFES E NOTA FISCAL CORRESPONDENTE;

PRODUTO 592 ETERCALHA 8 MM 3000, IDEM;

PRODUTO 15 CAIXA DE ÁGUA POLIETILENO 1000 L, IDEM.

Observa o produto CAIXA D'ÁGUA CILINDRO 250 LTS que tem saldo inicial de 38 unidades, entradas 0, saídas 0, e saldo final 38,00. Já o produto CAIXA D'ÁGUA CILINDRO 500 LTS, tem saldo inicial 10, entrada 0, saída 0, e saldo final 10. Enquanto que o produto CAIXA DE ÁGUA CILINDRO

EMPILH 1000 LTS apresenta 12 de saldo inicial, 0 de entrada, 11 de saída e saldo final 1,00. O produto CAIXA D'ÁGUA CILINDRO EMPILH 250 LTS, por sua vez, consta com saldo inicial de 17,00, 0 de entrada, 14,00 de saídas com saldo final de 3,00.

Prosseguindo, assegura que a multa é confiscatória, não podendo prosperar a teor do que preconiza o art. 150, IV, da CF.

Arguiu que a Portaria nº 445/98, no seu art. 8º, II, não se aplicará a multa de 70% e muito menos de 100%, por suposta falta de emissão de documento fiscal, e pois, sem a alegada falta de lançamento das entradas / saídas na escrita fiscal. Como se constatará, tendo havido o correto lançamento das entradas e das saídas na escrita fiscal, assim como o cumprimento da obrigação principal, sem a falta de pagamento do ICMS, não merece a multa imposta ser mantida, e muito menos ainda de modo a configurar o confisco pela sua clara exorbitância.

Cita a Lei Federal nº 9.298/96 estabelece que a multa não deve exceder a 2% e de 30% no entendimento do STF.

Em relação aos juros, entende que o COTEB no seu art. 101 dispõe que para fins de atualização monetária, os débitos tributários podem utilizar o índice adotado pelos créditos tributários da União.

Ao final, requer pela nulidade, alternativamente pela improcedência do Auto de Infração, ou realização de pericial por fiscal estranho ao feito, diligência e perícias fiscais. Requer, ainda, a redução multa para 2% ou 5% ou 30% e dos juros para 6% ao ano ou 1% ao mês.

O autuante na informação fiscal, fls. 847 e 848, aduz que o Auto de Infração foi lavrado após ter solicitado através de diversas intimações para que o contribuinte regularizasse os seus arquivos magnéticos, SINTEGRA, conforme relatórios apontando as divergências. Requisitou, inclusive, que o contribuinte incluísse nos citados arquivos magnéticos o Registro 74 – Inventário inicial e final, o que não foi acatado, apresentando o contribuinte arquivo magnético com o livro de inventário no formato PDF.

Frisa que processou os arquivos ditos corrigidos e encontrou o resultado que serviu de fundamento para a lavratura do Auto de Infração.

Salienta que, dentro do prazo para apresentação de defesa, o autuado apresentou através de advogado impugnação ao lançamento, articulando a existência de erros e da não observância do contido nos livros e documentos fiscais.

Assegura que equivocou-se o ilustre causídico ao consignar tais acusações, pois caso tivesse examinado os relatórios de inconsistências que fora apresentados perceberia que os mesmos decorreram do confronto dos dados existentes nos documentos fiscais em relação aos contidos nos arquivos magnéticos.

Ressalta que é imperioso entender que os arquivos magnéticos devem espelhar com fidedignidade as operações mercantis incorridas bem como dados de estoque inicial e final, além do registro da nomenclatura das mercadorias adquiridas, códigos alocados, dentre outras.

Diz que decorrem tais obrigações de diplomas legais que aqui não cabe discutir.

Afirma que reintimou o autuado, mais algumas vezes, a proceder às correções necessárias em 09/04/2013, 14/05/2013, 17/05/2013 e, por último, em 18/06/2013.

Após ter recebidos os novos arquivos retificados processou os mesmos e encontrou os valores que constam nos demonstrativos de apuração de estoque de 2010 e 2011.

Às folhas 849 e 850 dos autos acostou novos demonstrativos, apontando novos valores para os exercícios de 2010 e 2011, respectivamente de R\$ 2.582,36 e R\$ 10,68.

À folha 853 o autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos, sendo intimado para se manifestar.

Em nova manifestação defensiva, fls. 855 e 856, inicialmente, ratifica a defesa inicial. Em relação a informação fiscal produzida pelo autuante esclarece que todas às vezes que foi intimado a fornecer informações ao autuante, cumpriu com sua obrigação e forneceu todos os dados que lhe foram solicitados.

Acrescenta que todas as informações foram fornecidas por meio eletrônico, conforme a orientação que recebeu nas intimações. As informações constantes dos arquivos que enviou, tiveram o cunho de corrigir algum lapso e na maioria das vezes por falta do que modificar teve que enviar as mesmas informações anteriores. Salienta que quando protocolou a defesa, em anexo a mesma, enviou cópias dos livros fiscais e planilhas, inclusive com seu inventário inicial e final, sendo que todos os dados foram inseridos no CD que apresentou na ocasião.

Assim, aduz o autuado que não aceita a colocação do quarto parágrafo da informação fiscal que diz “*arquivos ditos corrigidos*”, porque corrigiu o que lhe foi solicitado.

Destaca que, finalmente, houve um reconhecimento do autuante, quanto as demonstrações de apuração de estoque dos exercícios de 2010 e 2011, retificando o apurado no auto de infração. Entretanto, aduz que mesmo com este novo posicionamento do autuante, que em temos favorece a empresa autuada, volta a afirmar que nada deve ao fisco, pois todos os seus recolhimentos dos tributos, impostos, documentos, livros fiscais etc., estão em dia e corresponde a realidade fática da empresa.

Em nova informação fiscal, fl. 861, o autuado reitera sua informação anterior.

VOTO

Inicialmente, em relação a arguição de inconstitucionalidade à cobrança e a multa aplicada, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não pode ser acolhida a preliminar de nulidade requerida pela defesa, pois não têm amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, na medida em que descreve a infração, fundamentando com a indicação dos fatos, normas e documentos, bem como de seus dados, assim como indica o supedâneo jurídico. Não foi identificada nenhuma violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer princípios de Direito Administrativo ou Tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizados pelos aspectos abordados na impugnação, bem como pela narrativa dos fatos e correspondente infrações imputadas.

Não resta dúvida que a infração foi descrita de forma clara, objetiva e suficiente ao consignar que o sujeito passivo deixou de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercícios fechados de 2010 e 2011.

Trata-se de uma descrição analisada, profundamente, pela Administração Tributária do Estado da Bahia, a qual foi estabelecida com a descrição padrão, obrigatória, a ser utilizada pelas autoridades tributária na emissão do Auto de Infração, mediante Sistema Automatizado.

Os demonstrativos elaborados durante o procedimento de auditoria tributária, os quais embasaram a autuação, são os definidos para o roteiro aplicado, os detalham, nota por nota, produto por produto, objeto da auditoria de estoque.

Tais levantamentos fiscais comprovam que as demonstrações, resultantes do trabalho de auditoria, vinculam os fatos, traz a base de cálculo de forma clara, objetiva, e a alíquota e demais dados necessários ao perfeito entendimento pelo autuado.

No mesmo modo não pode ser acolhido o argumento defensivo de houve presunção, uma vez que os levantamentos fiscais comprovam a existência de omissão de saída. A presunção somente é aplicada quando é apurada omissão de entradas, o que não é o caso da presente lide.

Em relação a alegação de que o autuante não teria considerado os estoques, cabe registrar é uma questão de mérito e não de preliminar, assim, será analisada oportunamente.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido a alegação de nulidade da autuação vez que não vislumbro nos autos qualquer mácula que inquine de nulidade o lançamento de ofício ora em lide.

Quanto do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para formação de minha convicção em relação aos itens constante do Auto de Infração, possibilitando decidir a presente lide.

Superadas as questões preliminares, no mérito propriamente dito, observo que o autuante acolheu os argumentos defensivos e revisou os levantamentos fiscais, apresentando nos demonstrativos às folhas 849 e 850 dos autos acostou, apontando novos valores para os exercícios de 2010 e 2011, respectivamente de R\$2.582,36 e R\$ 10,68.

O sujeito passivo recebeu cópia da informação e dos novos demonstrativos, sendo corretamente intimado para se manifestar, entretanto, a defesa não apresentou nenhum questionamento em relação aos novos números apurados e documentos fiscais consignados nos levantamentos fiscais e no Auto de Infração, de forma objetiva, alegou apenas, de forma genérica, que nada deve ao fisco.

Nesta situação, cabe destacar que o art. 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.

No mesmo sentido, aplica-se, assim, o disposto nos arts. 142 e 143 do RPAF/BA, abaixo reproduzidos:

“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.”

Cabe registrar, ainda, que o autuante observou os procedimentos previstos na Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, em especial os dispositivos da Seção II, abaixo transcrito:

Seção II

Omissão de Saídas de Mercadorias

Art. 4º A constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Art. 5º Verificada omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque:

I - a determinação da base de cálculo do ICMS deve ser feita em função do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, ou, quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o preço médio praticado por

outro estabelecimento da mesma praça que explorar idêntica atividade econômica, em relação ao último mês do período objeto do levantamento (RICMS/97, art. 60,II, "a");

II - a multa aplicável é a prevista para a prática de omissão de receita apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

III - no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas a tributação, deve ser aplicada a multa de 1 UPF-BA por descumprimento de obrigação acessória (RICMS/97, art. 915, XXII).

Saliento que a multa foi corretamente aplicada, 100%, pois é o percentual previsto na ocorrência dos fatos geradores, em razão da redação atual do inciso III do *caput* do art. 42 foi dada pela Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

...

III - 100% (cem por cento) do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de:

Portanto, entendo que a infração restou parcialmente caracterizada, pois a constatação de omissão de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS relativo a operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Assim, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206896.0915/12-5**, lavrado contra **COMAMPAC COMERCIAL DE MADEIRAS E MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.593,04**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2013.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR