

PROCESSO - A. I. Nº 207162.1002/13-5
RECORRENTE - TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A. (VIVARA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF Nº 0265-03/13
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 16/05/2014
INTERNET - 16/05/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F Nº 0103-11/14

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS E DE ENTRADAS 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, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. 2. BASE DE CÁLCULO. TRANSFERÊNCIAS INTERESTADUAIS ENTRE ESTABELECIMENTOS DA MESMA EMPRESA. IMPOSTO PAGO A MENOS. Nas transferências interestaduais de mercadorias entre estabelecimentos do mesmo contribuinte, a base de cálculo deve corresponder ao valor da entrada mais recente da mercadoria, assim entendido o valor correspondente ao custo de aquisição da mercadoria a ser incorporada ao estoque da empresa em consonância com o art. 17, §7º, I e II da Lei nº 7014/96. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo permanente do estabelecimento. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Constatada a falta de pagamento do imposto devido por antecipação parcial. Afastadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes de Recurso Voluntário, em razão da Decisão proferida pela 3ª JF, constante no Acórdão nº 0265-03/13, que concluiu pela Procedência do Auto de Infração epigrafado, lavrado em 28/03/2013, em razão das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1- Falta de recolhimento do imposto relativo 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 nos exercícios fechados de 2008, 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Exigido o valor de R\$551.079,15, acrescido das multas de 70% e 100%. (Demonstrativo às fls. 34 a 200).

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março, maio, junho, agosto e outubro a dezembro de 2008. Exigido o valor de R\$40.866,43, acrescido da multa de 60%. (Demonstrativo às fls. 202 a 246). Consta que “Detectou-se inúmeras operações de transferências interestaduais, acobertadas pelo CFOP 6152, abaixo do preço da entrada mais recente, demonstradas no Anexo - 5, e ratificadas com a amostragem do casamento de diversas notas fiscais de transferências (entradas e saídas) em anexo, comprovam as citadas diferenças de preço nas citadas operações e, conseqüentemente os respectivos valores de ICMS devido por item, que perfazem o montante de R\$40.866,43 no exercício de 2008.”

INFRAÇÃO 3 - Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, nos meses de maio a agosto de 2008. Exigido o valor de R\$44.538,00, acrescido da multa de 60%. (Demonstrativo às fls. 351 a 366).

INFRAÇÃO 4 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de novembro de 2008 e dezembro de 2009. Exigido o valor de R\$1.283,75, acrescido da multa de 60%. (Demonstrativo às fls. 364 a 366).

Após análise dos argumentos delineados pelo Autuado e pelo fiscal Autuante, a 3ª JJF proferiu a Decisão unânime, transcrita abaixo (fls. 897/909):

"O defendente suscitou a nulidade do presente Auto de Infração, de forma difusa, alegando a inexistência de prova da acusação fiscal, e a ausência de motivação do Auto de Infração. Não acato a alegação defensiva, haja vista que o impugnante, devidamente inscrito no CAD-ICMS/BA como contribuinte normal do imposto, sob ação fiscal, consoante O.S. nº 511121/12, fl. 01, fora devidamente intimado para apresentação de livros e documentos fiscais, fls. 10 a 13. No transcurso da ação fiscal foi detectado o cometimento irregularidades à legislação do ICMS que resultou na lavratura do presente Auto de Infração do qual o autuado tomou ciência e exerceu plenamente seu direito de ampla defesa impugnando o lançamento no prazo legal. Como se depreende das circunstâncias enunciadas, resta evidenciado nos autos que o autuante, consoante sua prerrogativa legal, sua atividade vinculada em perfeita sintonia com o princípio da motivação inerente a todo e qualquer ato administrativo, eis que supridos concomitantemente, tanto o motivo do ato, quanto o motivo legal, explicitados que se encontram as razões de fato e de direito. Ademais, constato também que, de forma clara e elucidativa, afigura-se devidamente circunstanciado e comprovado o cometimento das irregularidades apontadas, todas as infrações encontram-se devidamente explicitadas e legalmente enquadradas e as multas sugeridas corretamente tipificadas, tudo dentro do irrestrito cumprimento do devido processo legal.

Assim, não vislumbro nos autos a existência de quaisquer vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrarem amparo legal algum, precipuamente nos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF-BA/99.

No mérito o presente lançamento de ofício é constituído de 04 infrações.

A infração 01 cuida da falta de recolhimento do imposto relativo 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 nos exercícios fechados de 2008, 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis.

O autuado alegou em sua defesa obscuridade, contradição e confusão na descrição dos fatos tidos, como ocorridos nesse item da autuação.

Afirmou que o que se tem é uma suposta exigência apurada por meio de procedimento de levantamento fiscal baseado em informações aleatórias e valores indiciários arbitrariamente presumidos, vez que não corroborado por qualquer meio de prova.

Sustentou que para a acusação fiscal ora em lide seria imprescindível, além de outros elementos, a contagem dos estoques de mercadorias do estabelecimento.

Com base nessas assertivas o autuado trouxe a colação, para corroborar seu entendimento diversos fragmentos de posição doutrinária de juristas pátrios acerca de lançamento por presunção.

Citou jurisprudência de tribunais superiores para firmar a tese por ele esposada de que para a exigência de um tributo é necessário que haja a disposição legal específica.

Asseverou que no presente caso, mesmo havendo disposição legal que permita a verificação do ICMS através de

lançamento fiscal, não há possibilidade de se fazer incidir imposto em diferenças contábeis.

Depois de examinar os demonstrativos de apuração acostados às fls. 34 a 200, constato que o levantamento de estoques de mercadorias em exercícios fechados levados a efeito pela fiscalização foi efetuado de acordo com os preceitos contábeis geralmente aceitos e com base na legislação tributária em vigor. Não se constituindo, de forma alguma em presunção, como aduziu o impugnante, eis que fora executado com base nas informações de movimentação dos estoques do estabelecimento nos períodos fiscalizados fornecidas pelo próprio autuado mediante o envio dos arquivos SINTEGRA.

Ademais, constam dos autos a discriminação de todas as notas fiscais de entradas e de saídas das mercadorias arroladas no levantamento fiscal, bem como todos os dados dos respectivos estoques iniciais e finais dos exercícios fiscalizados. Portanto, não há que se falar em presunção.

É patente que na forma e nos moldes em que foram elaborados o levantamento fiscal e seus demonstrativos de apuração e de débito fornecidos ao autuado inexistem qualquer perspectiva de cerceamento de defesa como alegado pelo impugnante, uma vez que neles constam todos os elementos de comprovação necessários para se aquilatar a fidedignidade dos resultados e diferenças apuradas.

Verifico, ao compulsar as peças que compõem e fundamentam a exigência desse item da autuação, o correto enquadramento legal da infração a adequada tipificação das multas sugeridas e especialmente que os procedimentos adotados que resultaram na apuração da exigência, ora em lide, atenderam fielmente ao quanto preconizado no inciso I do art. 13 da Portaria 445/98 que orienta e disciplina a aplicação do roteiro de auditoria de estoques de acordo com a legislação de regência.

Quanto à alegada necessidade se realizar a contagem física dos estoques para se efetuar o levantamento fiscal apontada pelo impugnante, observo que somente é imperativo a contagem física dos estoques quando se realiza levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício aberto. Nesse item da autuação, por se tratar de levantamento de exercícios pretéritos, ou seja, em exercícios fechados, não há que se falar em contagem física, por não mais existirem fisicamente os estoques. Este é o caso do levantamento, ora em lide, que se ateve aos registros fiscais das quantidades inventariadas pelo impugnante e registradas em seu livro Registro de Inventário, ao final de cada exercício, bem como às quantidades discriminadas nas notas fiscais de entradas e de saídas registradas nos competentes livros fiscais para apurar a movimentação de estoque realizada pelo estabelecimento nos períodos fiscalizados, revelando ao final, as omissões apontadas na autuação. É evidente que todas estas movimentações de estoques, devidamente escrituradas são enviadas ao Fisco pelo contribuinte, via arquivos do Sintegra, que servem de fonte basilar para a elaboração do levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, como o executado na presente autuação. Convém salientar que, por se tratar de responsabilidade pessoal e exclusiva do contribuinte, tanto a escrituração fiscal, quanto a remessa dos arquivos à SEFAZ espelhando com fidedignidade sua escrituração, qualquer inconsistência, equívoco ou divergência entre a escrituração e o informado no arquivo magnético enviado, por ventura detectado no levantamento quantitativo de estoques, cabe ao autuado apontá-lo objetivamente, comprovando a ocorrência mediante a apresentação da correspondente documentação fiscal, o que não aconteceu no presente caso. Este é o caso do levantamento, ora em lide, que se ateve aos registros fiscais das quantidades inventariadas pelo impugnante e registradas em seu livro Registro de Inventário, ao final de cada exercício, bem como às quantidades discriminadas nas notas fiscais de entradas e de saídas registradas nos competentes livros fiscais para apurar a movimentação de estoque realizada pelo estabelecimento nos períodos fiscalizados, revelando ao final, as omissões apontadas na autuação. É evidente que todas estas movimentações de estoques, devidamente escrituradas são enviadas ao Fisco pelo contribuinte, via arquivos do Sintegra, que servem de fonte basilar para a elaboração do levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, como o executado na presente autuação. Convém salientar que, por se tratar de responsabilidade pessoal e exclusiva do contribuinte, tanto a escrituração fiscal, quanto a remessa dos arquivos à SEFAZ espelhando com fidedignidade sua escrituração, qualquer inconsistência, equívoco ou divergência entre a escrituração e o informado no arquivo magnético enviado, por ventura detectado no levantamento quantitativo de estoques, cabe ao autuado apontá-lo objetivamente, comprovando a ocorrência mediante a apresentação da correspondente documentação fiscal, o que não aconteceu no presente caso.

Assim, como restou demonstrado, por entender como infundadas e sem respaldo legal as alegações do impugnante e constatando o acerto da autuação considero caracterizada a infração 01.

Infração 02 - acusa o recolhimento a menos ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Consta em complemento a acusação fiscal, fl. 02, que “Detectou-se inúmeras operações de transferências interestaduais, acobertadas pelo CFOP 6152, abaixo do preço da entrada mais recente, demonstradas no Anexo - 5A, fls. 202 a 246, e ratificadas com a amostragem do casamento de diversas notas fiscais de transferências (entradas e saídas) em anexo, que comprovam as citadas diferenças de preço nas citadas operações e, conseqüentemente os respectivos valores de ICMS devido por item, que perfazem o montante de R\$40.866,43 no exercício de 2008”.

Verifico que o demonstrativo de débito que lastreia a apuração desse item da autuação acostados às fls. 202 a 246 discrimina individualizadamente por nota fiscal que originou o débito apurado e a correspondente nota fiscal

apontada como entrada mais recente, propiciando a clara compreensão, passo a passo, de como foi obtido o débito exigido nesse item da autuação. Após o demonstrativo encontram-se colacionadas cópias de diversas notas fiscais com as respectivas notas fiscais de entradas mais recentes para explicitar o roteiro da apuração, constam também recibo assinado pelo autuado atestando a entrega dos arquivos magnéticos contendo as cópias dos demonstrativos, fl. 838.

Em sede defesa o autuado não apontou objetivamente qualquer inconsistência no demonstrativo de apuração que resultou na exigência fiscal. Alegou, tão-somente, que a documentação apresentada não permite aferir a que operações se referem a acusação afirma que suas operações foram regularmente registradas e que o imposto foi devidamente apurado e recolhido na forma prevista no regulamento.

Ao examinar os elementos que fundamentam e lastreiam a exigência apurada nesse item da autuação não acolho a alegação do autuado, haja vista que diante dos elementos pormenorizadamente explicitados nos demonstrativos de apuração e de débito, da farta documentação fiscal, todos de seu pleno conhecimento.

Logo, diante do acerto da autuação que se afigura devidamente lastreada em clara identificação da ocorrência do fato impositivo, legalmente enquadrado e com correta tipificação da multa sugerida, concluo pela subsistência da infração 02.

Infração 03 - cuida da falta de recolhimento ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

O impugnante não apontou inconsistência alguma no levantamento fiscal, fls. 351 a 360, de forma objetiva. Optou por alegar, sem qualquer explicitação, que o demonstrativo de apuração não se subsume aos fatos realmente apurados. Aduziu que não foi explicitado a alíquota do estado de origem e que foi exigido o montante relativo à alíquota interna, desconsiderando-se o valor relativo a aquisição. Asseverou que a forma adotada pela fiscalização para apurar a falta de pagamento do imposto é precária e não permite a aferição dos valores exigidos.

Constato que, mais uma vez, de posse do demonstrativo de apuração que indica em cada uma de suas colunas todos os elementos identificadores do roteiro de apuração das diferenças detectadas, detentor que é de todas as notas fiscais arroladas no levantamento, o autuado não apontou, sequer, uma única inconsistência ou equívoco que fragilizasse a certeza do conteúdo e do valor apurado, preferiu atingir a fidedignidade levantamento fiscal de forma difusa, ou seja, sem a indicação e comprovação de sua alegação.

Ao compulsar o demonstrativos colacionado às fls. 351 a 356 constato que estão presentes, de forma inequívoca, todos os elementos necessários e imprescindíveis à perfeita compreensão da origem e do dimensionamento da base de cálculo apurada, embasados que se encontram na documentação e na escrita fiscal apresentadas pelo próprio autuado.

Logo, resta mantida a infração 03.

Infração 04 - trata da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização.

Constato que o levantamento fiscal que apura a falta de recolhimento da antecipação parcial, fls. 364 a 366, identifica claramente a origem dos valores apurados e discrimina cada uma das notas fiscais decorrentes de aquisições interestaduais de mercadorias não sujeitas ao regime de substituição tributária e destinadas a comercialização.

O autuado não carregou aos autos qualquer indicativo de inconsistência efetiva detectada no levantamento fiscal e insiste na alegação de que é precário e não permite a aferição dos cálculos.

Depois de compulsar os referidos demonstrativos verifico que não procede a alegação defensiva, tendo em vista que o levantamento fiscal explicita de forma clara a obtenção, para cada uma das notas fiscais arroladas, a falta de recolhimento da antecipação parcial em cada período de apuração mensal.

Nestes termos, mantenho a infração 04.

Em relação à alegação de que as multas aplicadas sobre o valor do imposto exigido ser confiscatória, o que ofende a preceito constitucional, esclareço que a penalidade é a legalmente prevista ao tipo da infração praticada, no caso específico o art. 42, da Lei nº 7.014, não sendo esta esfera administrativa competente para avaliar a sua inconstitucionalidade.

Ressalto que esta Junta de Julgamento Fiscal não tem a competência para apreciação de pedido de dispensa ou redução da multa por infração de obrigação principal, haja vista que esta competência é da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159, do RPAF-BA/99.

No que diz respeito ao pedido para que seja afastada a cobrança de juros, esclareço que a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) para cobrança e cálculo dos juros moratórios, essa taxa é legal, porquanto está prevista no inciso II, do §2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), portanto, deve ser

mantida.

Quanto ao pedido do impugnante para que todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas para o endereço dos profissionais constituídos, ressalto que nada obsta o atendimento e que a Secretaria deste CONSEF possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento desses autos para o endereço dos patronos do autuado. Contudo, friso que o eventual não atendimento de tal solicitação não caracteriza nulidade, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação processual ao sujeito passivo encontra-se definida nos artigos 108 e 109 do RPAF-BA/99 e, em perfeita sintonia com o estabelecido no art. 127 do CTN, orientando como regra o domicílio tributário do sujeito passivo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração."

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o Autuado Recurso Voluntário, às fls. 921/950, com o propósito de modificar o acórdão guerreado.

Preliminarmente suscita nulidade da Decisão de piso por cerceamento do direito de defesa, em razão da Decisão da primeira instância não ter enfrentado todas as questões postas na defesa.

Observa que o Julgador não tratou sobre suas alegações acerca da inexistência de provas, ausência de motivação, multa excessiva, bem como no mérito, não se manifestou sobre as provas juntadas e as circunstâncias da autuação.

Sustenta, ainda, que o autuante não atendeu o quanto disposto no art. 142 do CTN por entender que a apuração de débito se deu de forma equivocada e por não ter seguido o determinado pela norma para apurações da espécie, cerceou seu direito de ter exigido apenas o que, por lei, for efetivamente devido.

Ainda em sede preliminar, argui nulidade da infração 1 por inexistir uma expressa descrição da infração, tratando-se a narrativa descrita de *"acusação vaga, confusa e também contraditória"* que inviabilizaria sua defesa, que não pode com segurança distinguir os motivos que a ensejaram.

No mérito considera que as multas aplicadas tem caráter confiscatório o que violaria o art. 150 da CF.

Assevera que a exigência de juros na forma do lançamento inicial é ilegítima por violar o princípio da igualdade entre o Fisco e o contribuinte, pois, nos casos de pagamento indevido ou a maior, ao contribuinte não é facultada a restituição com o acréscimo de juros como aqui exigidos. Assim, não há justificativa para que o Estado aplique sobre crédito tributário índice distinto do concedido ao contribuinte, conforme orientação da Suprema Corte.

Argui que da documentação ofertada pelo autuante, não se pode aferir a que operações se trata na infração 2, pois como afirmado no próprio relato fiscal, suas operações foram regularmente registradas em seus respectivos livros fiscais.

Neste contexto, alega que o imposto correspondente foi regularmente apurado e recolhido, na forma determinada pelo RICMS.

Entende que seria imprescindível ao Fisco demonstrar e apontar, objetiva e detalhadamente quais saídas de mercadorias não foram regularmente escrituradas e tributadas pela empresa ora recorrente, sob pena de nulidade da acusação.

Em relação à infração 3, argui o recorrente que o teor da acusação e do respectivo demonstrativo fiscal não se subsume aos fatos realmente apurados pelo Fisco.

Diz que no demonstrativo elaborado pelo Fisco na peça de acusação, a alíquota indicada para apuração do tributo devido é a alíquota interna do Estado da Bahia, de 17% (dezesete por cento), não havendo a indicação da alíquota relativa ao Estado de origem das mercadorias.

Verifica que a acusação fiscal trata da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais e assim, o referido demonstrativo deveria explicitar claramente qual a alíquota do Estado de origem, a alíquota interna, que foi indicada, e qual a diferença entre elas, para aí, sim, exigir eventual diferença.

Assim, sustenta que a forma que utilizou o Fisco para apuração da falta de pagamento do imposto estadual é precária e não permite a aferição dos cálculos adotados, não possibilitando se apurar, com segurança, como o autuante chegou àqueles valores, pelo que considera evidente a total improcedência da acusação ou ao menos, iliquidez da exigência fiscal.

No tocante à infração 4 do Auto de Infração, alega que igualmente o demonstrativo fiscal não permite aferir qual o montante da referida “antecipação parcial”, uma vez que ao calcular a exigência sobre a alíquota interna do Estado da Bahia, não se pode aferir qual é a “parcial antecipação” do tributo por ele pretendida.

Apresenta o mesmo fundamento da infração 03 de que a forma utilizada para apuração da falta de “antecipação parcial” do imposto impede a apuração e a compreensão de como se chegou ao resultado obtido, o que, além de cercear o seu direito à ampla defesa e ao contraditório, provoca a insegurança, incerteza e iliquidez da exigência, deixando-a carente de requisitos indispensáveis à regular constituição do crédito tributário.

Por fim, quanto a infração 1 não verifica nenhum levantamento fiscal na forma prescrita em lei, haja vista que o Fisco não considerou os requisitos específicos e demais elementos exigidos na norma para apurações fiscais desta espécie, como determinado pelo RICMS.

Isto porque, no seu sentir, para a acusação aqui descrita, seria imprescindível, além de outros elementos, a contagem dos estoques de mercadorias do estabelecimento, o que aqui não ocorreu.

Assim, argumenta que a exigência apurada por meio do procedimento de levantamento fiscal é baseada em informações aleatórias e valores indiciários, arbitrariamente presumidos pelo Fisco, vez que não corroboradas por qualquer documento de prova.

Assevera que se a administração fazendária alega o fato deve prová-lo e em não havendo provas nos autos, conclui-se que houve mera presunção, e relativa, podendo ser afastada por prova em contrário.

Transcreve vasta doutrina e jurisprudência administrativa, no sentido de que não se pode presumir o fato gerador e não se pode lavrar Auto de Lançamento com base em mera presunção.

Expõe que para que haja a incidência do ICMS é necessária a existência de um fato jurídico previsto em lei (circulação de mercadorias), considerando inadmissível a incidência do imposto sobre uma análise contábil, que pode haver erros, além de ser esta base para a incidência do imposto sobre a renda e não para o ICMS.

Informa que o Auto de Infração traz ao presente processo informações imprecisas e inverídicas, estando o mesmo formalmente incorreto, desrespeitando ainda o manual de normas técnicas que devem permear a conduta fiscal.

Argumenta que o Fisco, ao presumir ter o recorrente deixado de pagar impostos fundando sua presunção em meros cálculos matemáticos, está inovando nos fatos juridicamente imponíveis pelo ICMS, haja vista que a legislação não fala em incidência do ICMS sobre levantamentos contábeis, sobre diferença de valores apurados, mas sim em apuração do mesmo através de levantamentos fiscais, e, repita-se, o Fisco não efetuou, de fato, nenhum levantamento e se limitou a notificar o recorrente para apresentar documentos, para, posteriormente presumir ter havido falta de pagamento de ICMS.

Invoca os princípios do “*in dubio pro reo*”, verdade material, oficialidade, que entende terem sido ofendidos.

A PGE/PROFIS no Parecer da lavra da Dra. Maria José Coelho Sento-Sé, às fls. 955/959, opina pelo improvimento do Recurso Voluntário por considerar ausentes os argumentos jurídicos capazes de provocar a revisão do acórdão recorrido.

Preliminarmente observa que as arguições de nulidade devem ser rechaçadas, posto que o lançamento tributário não apresenta incorreções capazes de gerar prejuízos ao contribuinte.

Pontua que a descrição clara e precisa dos fatos geradores, assim como a disponibilização de

toda documentação e levantamentos possibilitou ao sujeito passivo o pleno exercício da ampla defesa e contraditório.

Especificadamente quanto a preliminar de nulidade da Decisão de piso por supressão de instância entende que deve ser repudiada de plano, posto que a 1ª Instância apreciou e valorou as teses defensivas, ressaltando que consta no acórdão vergastado motivação expressa do julgador, explicando as razões de convencimento que levaram ao não acolhimento das alegações recursais.

Destaca que as alegações versando sobre o caráter confiscatório, inconstitucional, desproporcional e abusivo das multas e da taxa SELIC não poderão ser apreciadas por este CONSEF em face do art. 167, II do RPAF/99.

Frisa que o art. 150, IV da CF é endereçado ao legislador que veda a criação de tributo excessivamente oneroso, bem como que o princípio que veda a criação de tributos com efeito confiscatório não alcança as multas, eis que as mesmas possuem natureza jurídica diversa do tributo.

Quanto à taxa SELIC, verifica que a cobrança pela mora de pagamento tem respaldo no art. 51 da Lei 7.014/96 e no art. 102 do COTEB, cujo dispositivos determinam a atualização dos valores exigidos pela taxa SELIC.

No que concerne à redução ou cancelamento das multas aplicadas, falece competência à Câmara do CONSEF a apreciação do pedido, em consonância com art. 159 do RPAF/BA.

Verifica que tanto as imputações quanto o lançamento estão devidamente tipificadas e alicerçadas na legislação tributária estadual, em atenção aos requisitos descritos no art. 39 do RPAF.

Destaca que inexistente insegurança na determinação das infrações, eis que os demonstrativos de apuração elaborados pelo fiscal confirmam que o levantamento de estoque de mercadorias em exercícios fechados fora efetuado de acordo com os preceitos contábeis e com base na legislação tributária em vigor, sendo, o procedimento fiscal, feito com base nas informações de movimentação dos estoques do estabelecimento nos períodos fiscalizados, fornecidas pelo próprio Recorrente mediante envio do SINTEGRA.

Assevera que cabe ao Recorrente o ônus da prova e no exercício da tarefa probatória, deverá colacionar aos autos os elementos materiais necessários capazes de descaracterizar as exigências fiscais, o que não ocorreu no lançamento em apreço.

Diz que o Recorrente repete as alegações defensivas, sem colacionar provas documentais capazes de comprovar erro, inconsistência, equívocos ou divergências entre a escrituração e o informado no arquivo magnético enviado ao Fisco.

Destaca os art. 123 e 142 do RPAF que entende ser aplicáveis à situação em comento.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o Acórdão nº 0265-03/13, prolatado pela 3ª JF, que julgou Procedente o Auto de Infração epigrafado, em razão de quatro infrações, todas objeto da insurgência do recorrente.

Pela análise do quanto trazido aos autos, não há reparo a fazer na Decisão recorrida.

Compulsando os autos vejo que o Recorrente em nada inova em relação aos argumentos apresentados em sede do Recurso Voluntário, na medida em que, como bem pontuou a representante da PGE/PROFIS, repete os mesmos fundamentos trazidos na impugnação inicial, que foram corretamente enfrentados e afastados pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal.

Afasto a preliminar de nulidade do Auto de Infração, pois os fatos geradores das infrações que compõem o lançamento estão bem determinados, a descrição é clara e os elementos constitutivos do débito tributário estão descritos nos demonstrativos que acompanham o Auto de Infração, dos

quais o recorrente recebeu cópia, facilitando, assim, o pleno exercício do direito de defesa, não estando, o Auto de Infração e o Processo Administrativo dele decorrente, incursos nas hipóteses do art. 18 do RPAF.

Especificadamente quanto a preliminar de nulidade da Decisão de piso, ao argumento de que o Julgador não teria se manifestado sobre todas as alegações defensivas, cumpre observar que a Decisão de primeiro grau enfrentou sim o mérito da questão, apreciando os argumentos defensivos, haja vista que o julgador não precisa se manifestar sobre todas as alegações defensivas, rebatendo, um a um, todos os argumentos, se já tiver encontrado fundamentação para a sua Decisão.

Neste sentido a jurisprudência pacífica do STJ:

PREVIDENCIÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. INCLUSÃO DO NOME DO CÔNJUGE COMO DEPENDENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DE LEI LOCAL. SÚMULA 280/STF.

1. Não há omissão na Decisão recorrida que tivesse por consequência a violação do art. 535, II, do CPC. As questões apresentadas na apelação não foram decididas conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.

2. Dessarte, o juiz não fica obrigado a manifestar-se sobre todas as alegações das partes, nem a ater-se aos fundamentos indicados por elas, ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos quando já encontrou motivo suficiente para fundamentar a Decisão, o que de fato ocorreu.

3. O recorrente pretende a interpretação da Lei Complementar Estadual n. 12/99 e da Lei Estadual n. 13.875/2007; todavia, o exame de normas de caráter local é inviável na via do Recurso especial, em face da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual "por ofensa a direito local não cabe Recurso extraordinário".

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 260.318/CE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2013, DJe 14/03/2013) (grifamos)

Frise-se que a Decisão relata, uma a uma, todas as alegações defensivas, e concluiu por não acatá-las. Assim, rejeito a preliminar de nulidade da Decisão recorrida.

Passo a análise do mérito:

No que tange a infração 1, através do levantamento quantitativo de estoque foi constatada a ocorrência de omissões de entrada e de saída de mercadorias, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, portanto, à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, nos exercícios de 2008 à 2010.

Inicialmente cumpre ressaltar que não se trata de presunção, a constatação de omissão de saída de mercadorias mediante levantamento quantitativo de estoque constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do imposto relativo às operações efetuadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem lançamento dos valores correspondentes em sua escrita.

Na situação em exame, os levantamentos foram efetuados com base em dados fornecidos pela própria empresa, através dos arquivos magnéticos SINTEGRA. Tais registros devem refletir os elementos constantes nos documentos fiscais de entradas e saídas, competindo à empresa informar a existência de algum erro, o que não ocorreu.

Foram apensados aos autos demonstrativo com os produtos do Inventário, demonstrativos do preço médio, relações de saídas por ECF, relações de notas fiscais de entrada e de saída, todos entregues ao Sujeito Passivo; mídia eletrônica (DVD-R) às fls. 832 e 833, contendo todos os arquivos que embasaram o levantamento de estoque; bem como cópia dos livros de Registro de Inventário.

O procedimento adotado pelo Autuante foi acertado para a situação. A partir das quantidades declaradas como estoques inicial e final no livro Registro de Inventário, somou as quantidades entradas e subtraiu as quantidades saídas, chegando à conclusão que houve omissões de entradas e de saídas de mercadorias no período considerado. Ao final do levantamento, o Autuante

procedeu à atribuição dos valores monetários relativos às quantidades correspondentes a cada espécie de mercadoria de acordo com os critérios previstos nos arts. 60 do RICMS e 13, I da Portaria nº 445/98, transcrito abaixo:

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e §1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

De acordo com o art. 2º da aludida portaria, o levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado, ao passo que a contagem física das mercadorias só se faz necessária no levantamento quantitativo em exercício aberto, quando o exercício financeiro da empresa ainda se encontra em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final.

Assim, a alegação de que seria necessária a contagem física dos estoques, não tem qualquer cabimento ante a existência do Registro de Inventário.

A infração 2 versa sobre o recolhimento a menor do ICMS em razão de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

Foi identificada pelo autuante inúmeras operações de transferências interestaduais, acobertadas pelo CFOP 6152, abaixo do preço da entrada mais recente e ratificadas com a amostragem do casamento de diversas notas fiscais de transferências (entradas e saídas) que comprovam as citadas diferenças de preço nas citadas operações e, conseqüentemente os respectivos valores de ICMS devido por item.

Os demonstrativos da infração estão no anexo IV, às fls. 202/349, dos quais o Recorrente recebeu cópia.

Observe que os argumentos defensivos se restringem a negar a acusação ao argumento que suas operações foram regularmente registradas e que o imposto foi apurado e recolhido, bem como que a documentação apresentada pelo Fisco não permite verificar a que operação se refere a acusação.

Analisando o demonstrativo que da azo a infração observe que não há margem de dúvidas como o autuante chegou ao montante devido:

Tomando como exemplo a mercadoria do código 00026866 – anel ouro – que o Recorrente atribuiu preço unitário de R\$99,00. Foram recebidas 5 unidades, totalizando o valor de R\$495,00, o que resultou em um ICMS de R\$59,40.

O Autuante multiplicou o preço da entrada mais recente, R\$816,58, por cinco, totalizando R\$4.082,91, aplicou a alíquota de 12% e chegou ao valor de ICMS devido de R\$489,95, deduzindo o valor pago de R\$59,40, cobrou a diferença de R\$430,55.

Assim, julgo correto o procedimento realizado na autuação que para chegar à base de cálculo da transferência, aplicou o preço da entrada mais recente.

Já a infração 3 trata da falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.

Os demonstrativos da infração estão no anexo V, às fls. 351 a 361, que foram entregue ao Recorrente, permitindo o exercício do contraditório e ampla defesa.

Novamente o Recorrente limita suas alegações em questionar de forma genérica os demonstrativos que embasam a infração.

Por fim, a infração 4 imputa ao contribuinte a falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas

para fins de comercialização.

Os demonstrativos da infração estão no anexo VI, às fls. 363/366, dos quais o Recorrente recebeu cópia.

Mais uma vez o Recorrente concentra sua defesa em negar a infração e atacar os demonstrativos por considerá-los precários o que impediria sua compreensão de como se chegou ao resultado obtido.

Para as infrações 3 e 4, verifico que o cálculo feito pelo autuante foi aplicar a alíquota interna de 17%, abater o valor do crédito, resultando no diferencial de alíquota cobrado na presente infração.

O art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/BA, assegura ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, referentes às suas alegações. Neste processo, verifico que o Sujeito Passivo apenas nega as infrações que lhe foram imputadas, por isso, compreendo tal justificativa apenas como negativa do cometimento da infração, o que não o desonera de provar a presunção fiscal, situação prevista pelo art. 143 do RPAF/99.

A arguição de que as multas aplicadas têm caráter confiscatório não subsiste. O art. 150, IV, da CF, veda aos entes federativos a utilização do tributo com efeito de confisco. Sabe-se que a multa por infração tributária consiste em sanção a ato ilícito, razão pela qual não está sujeita ao princípio da vedação ao confisco, que abarca somente os tributos.

Ademais, não se pode falar em multa confiscatória também pelo fato dela ser legalmente prevista para a infração apurada, com disposição expressa no artigo 42, incisos III, II, “a”, “f” e “d” da Lei nº 7.014/96.

Da mesma maneira, a adoção da taxa SELIC encontra respaldo no art. 51 da Lei nº 7.014/96 e no art. 102 do COTEB.

Por fim, deixo de apreciar o pedido de inconstitucionalidade, por falecer a este Colegiado competência para tanto, consoante disposto no art. 167, I do RPAF.

Neste caso já que os elementos materiais não foram objetivamente impugnados e não verifico indícios de erros ou inconsistências no lançamento, julgo correta a Decisão da JJF que manteve o lançamento na sua totalidade.

Em assim sendo, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração epígrafado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207162.1002/13-5**, lavrado contra **TELLERINA COMÉRCIO DE PRESENTES E ARTIGOS PARA DECORAÇÃO S.A. (VIVARA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$637.767,33**, acrescido das multas de 70% sobre R\$400.269,72, 100% sobre R\$150.809,43 e 60% sobre R\$86.688,18, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “a”, “d” e “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAISA CATARINA OLIVEIRA ALVES FERNANDES – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS