

PROCESSO - A. I. Nº 210436.0053/12-2
RECORRENTE - JACKSON BORGES SAPUCAIA (NMP COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0069-05/13
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
INTERNET - 04/07/2014

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0145-11/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO DE ESTOQUE. MERCADORIAS ESTOCADAS DESACOMPANHADAS DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL. O sujeito passivo não apresentou as notas fiscais de aquisição das mercadorias. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 04/06/2012 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$159.426,28, acrescido da multa de 100%, em razão de o sujeito passivo estocar mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal regular, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia.

O Fisco acosta, às fls. 03 a 16, documentos que consistem, dentre outros, em planilha contendo a lista de mercadorias encontradas no estabelecimento, discriminando valores de preços unitário, percentual de Margem de Valor Adicionado - MVA aplicada de 29,04%, base de cálculo, alíquota e ICMS apurado (fl. 03); levantamento de preços, Termo de Apreensão de Mercadorias e Documentos; Listagem Declaração de Estoque assinada por preposto do contribuinte que acompanhou a contagem física; Termo de Intimação.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 24 a 28; a autuante prestou informação fiscal às fls. 35 a 36 contestando as alegações defensivas e mantendo a imputação.

O julgamento não unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0069-05/13, às fls. 40 a 43. Em seus votos assim se expressam o Relator e o Autor do voto divergente:

VOTO

O presente lançamento de ofício, ora impugnado, contempla a infração por ter o sujeito passivo estocado mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal, com documento falso ou inidôneo, sendo o estabelecimento regularmente inscrito no cadastro de contribuinte do Estado da Bahia.

A questão tem como elemento fático à existência de mercadorias em poder do sujeito passivo desacompanhada de documentação fiscal, apurada através de contagem de estoque em aberto realizado pela autuante, sem que o sujeito passivo apresentasse, uma vez intimado, à fl. 11 dos autos, ou mesmo em sua peça defensiva, as notas fiscais que correspondessem às mercadorias em seu estoque, alvo do levantamento.

A autuante, antes de exigir o imposto em relação a todas as mercadorias existentes no estoque, em relação às quais, como dito, o sujeito passivo não apresentou as correspondentes notas de aquisição, afirma ter realizado uma pesquisa no sistema de nota fiscal eletrônica dos períodos 2011 e 2012, sendo identificadas às notas fiscais de entrada do produto Aguardente de Cana Pitú, para referida empresa tendo como remetente a Engarrafadora Pitú Ltda., do Estado de Pernambuco CNPJ nº 11.856.283/0001-94, em relação às quais excluiu da presente exigência as correspondentes mercadorias. Quanto às demais mercadorias foram consideradas desacompanhadas de documentação fiscal, conforme levantamento de estoque anexo ao processo.

Como se pode verificar, não se trata de cerceamento de defesa ou do contraditório, as notas fiscais colhidas no SISTEMA da SEFAZ, serviram, de acordo com a autuante, apenas para amparar parte das mercadorias que foram excluídas da exigência, em um esforço da autuante na busca da verdade material, pois nem mesmo o autuado apresentou as referidas notas fiscais. Caso, eventualmente, a autuante não tivesse essa preocupação à

exigência seria em relação ao total das mercadorias encontradas no estoque sem a apresentação das correspondentes notas fiscais.

As aludidas notas, constantes do SISTEMA da SEFAZ, são relativas as aquisições do autuado, portanto de conhecimento pleno do sujeito passivo, consideradas como tal, lhe beneficiando ao servirem para excluir da ação fiscal as mercadorias por elas acobertadas.

A alegação de que não as possui ou mesmo de que não lhe foram destinadas, serviriam apenas para uma nova ação fiscal, tendo em vista que, no mínimo, está sendo reclamado um crédito tributário menor do que o efetivamente deveria ser exigido.

Considerando que o sujeito passivo não apresenta notas fiscais ou qualquer documento, levantamento ou livros fiscais que indique está amparadas às mercadorias por notas fiscais, alvo do levantamento, bem como a autuante não apresenta as notas fiscais utilizadas nas deduções do estoque apurado, contudo alega as ter efetuado, represento a INFRAZ de Origem para que cientifique ao sujeito passivo das notas fiscais, alvo das deduções, e através de uma nova ação fiscal, efetue a exigência dos créditos tributários que resultarem do não reconhecimento das notas fiscais pelo autuado ou que indique deduções indevidas das mercadorias apuradas em estoque.

Assim, não acolho as arguições de nulidade ou mesmo de improcedência, pois foi obedecido o devido processo legal, bem como a autuante trouxe aos autos as provas que oferecem materialidade a presente exigência tributária.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DIVERGENTE

O procedimento fiscal em exame padece de falhas insanáveis. Vejamos a seguir as razões que nos levaram a essa conclusão.

Em um estabelecimento com inscrição estadual, como é o caso do autuado, não se pode estabelecer um liame ou um nexo de causalidade, de que houve entradas de mercadorias sem documentação fiscal, com a caracterização de existência de mercadorias em estoque desacompanhadas de documentos comprobatórios da aquisição, pelo simples fato das notas fiscais de entrada não terem sido entregues à fiscalização no ato que se que realizava o procedimento investigativo.

Entendo que após a contagem do estoque, em aberto, o procedimento deveria ter tido sequência, com a solicitação do livro de inventário e as correspondentes notas fiscais de saídas e de entradas. Somente através de um roteiro de estoques, aplicado em sua inteireza, computando-se, o estoque inicial, as compras, as vendas, e o estoque final, seria possível se chegar a uma conclusão quanto à situação fiscal da empresa.

O simples fato de contribuinte inscrito no Cadastro Estadual (CADICMS) não apresentar ao agente fiscalizador as notas de aquisição, não enseja a conclusão de que todas as mercadorias se encontravam no estoque da empresa desacompanhada de notas fiscais. Essa conclusão não é possível de se firmar sem a aplicação de um roteiro completo de fiscalização. No caso em exame não há condições de se determinar à consumação do ilícito fiscal de compra de mercadorias desacobertas de notas fiscais.

Houve, no caso, até onde o Agente Fiscal atuou, um mero descumprimento de obrigação acessória, pelo não atendimento da intimação fiscal. Reitero que a omissão do contribuinte de não proceder à entrega de notas fiscais de aquisição não torna, de imediato, todo o estoque da empresa irregular e sem documentação comprobatória da origem das mercadorias.

Faltam elementos de prova neste processo administrativo fiscal para se estabelecer com segurança a materialidade e autoria da infração que foi imputada ao contribuinte.

Incorreu o autuante na nulidade prevista no art. 18, inciso IV, letra "a", do RPAF/99, com a seguinte redação:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Voto, portanto, pela NULIDADE do Auto de Infração;

Inconformado com a decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 59 a 64. Em apertada síntese, o Recorrente tece considerações acerca da forma de realização da ação fiscal, alegando que, conforme espécie de roteiro de auditoria que analisa, a fiscalização deveria ter realizado o roteiro de levantamento quantitativo de estoque comparando as mercadorias encontradas em seu estabelecimento com os dados de seus livros e documentos fiscais, e que o

Fisco não os teria solicitado.

Possuega aduzindo que:

“Não obstante, o Recorrente tenha inscrição no Cadastro Estadual – CADICMS, o fato do mesmo não apresentar as notas fiscais das mercadorias listadas no controle de estoque, em aberto, elaborado deficitariamente, não possibilita concluir que as mercadorias estavam sem notas fiscais, tendo em vista que o controle de estoque não seguiu o rito completo descrito alhures, sendo o lançamento de ofício realizado pela fiscal fazendária nulo, por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator, consoante inteligência do art. 18, IV, ‘a’, do RPAF/99.”

Ora verifica-se que a acusação se fundamenta, unicamente, em presunção, o que, concessa venia, é inadmissível, tendo em vista a ausência de previsão legal, tornando, portanto, nula o Auto de Infração nº 210436.0053/12-2, em razão da inexistência concreta de elementos que comprovem o efetivo cometimento da suposta infração fiscal.”

Diz que “Em 26 de abril de 2012, fora determinado pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA a busca e apreensão junto ao estabelecimento empresarial, outrora denominado JACKSON BORGES SAPUCAIA ME, conforme demonstra a 1ª alteração contratual anexa aos autos, de documentos e materiais aptos a fornecer elementos probatórios de suposto ilícito penal.

Tal medida fora efetivada pela Delegacia de Crimes Econômicos e Contra a Administração Pública – DECECAP, em conjunto com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, em 10 de maio de 2012, tendo sido apreendido todas as notas fiscais de entrada e saída das mercadorias comercializadas pelo Recorrente.

Portanto, muito embora o controle de estoque, em aberto, tenha sido realizado deficitariamente, em decorrência de não ter sido apreciado, pela fiscal fazendária, os livros obrigatórios e fiscais, bem como as notas fiscais de entrada e saída de mercadorias, o Recorrente se encontrava e, frise-se, encontra-se totalmente impossibilitado de apresentar as respectivas notas fiscais correspondentes às mercadorias listadas no controle de estoque, em aberto, uma vez que todas as notas fiscais do Recorrente foram apreendidas.

Assim sendo, o Recorrente quedou-se impossibilitado de apresentar as notas fiscais das mercadorias listadas no controle de estoque, em aberto, realizado pela Recorrida, porquanto, as mesmas foram objeto de busca e apreensão, de conhecimento e efetivada, conjuntamente, por esta Secretaria Fazendária.

Desse modo, houve infringência aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório e, por corolário, do devido processo legal, a intimação da Recorrida determinando que o Recorrente apresentasse as notas fiscais, já que todos os documentos fiscais foram objeto de busca e apreensão.

Outrossim, a declaração da Autuante (fls. 35/36) de que a existência de notas fiscais eletrônicas exclusivamente da Engarrafadora Pitú implica, necessariamente, que as demais mercadorias estavam desacompanhadas de notas fiscais, não condiz com a realidade dos fatos, pois, consoante exposto, todas as notas fiscais foram apreendidas por determinação judicial.”

Elogia o voto divergente da decisão *a quo* e diz que as mercadorias objeto da exação estariam incluídas no regime de substituição tributária.

Conclui requerendo que seja conhecido e provido o Recurso Voluntário para declarar a nulidade do Auto de Infração nº 210436.0053/12-2.

Pede que seja alterado o *e-mail* cadastrado no nome dele, Recorrente, junto ao Sistema de Protocolo Acompanhamento de Processos – SIPRO da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia de *ss_contadores@hotmail.com* para *carlosaalmeida@yahoo.com.br*.

A PGE/Profis, por intermédio do Procurador José Augusto Martins Júnior, emite Parecer à fl. 77 frente/verso aduzindo que o conjunto probatório acostado aos autos comprova, à saciedade, a infração descrita no lançamento de ofício, não tendo o contribuinte se desincumbido de trazer prova contrária aos fatos, limitando-se ao uso da contestação administrativa genérica.

Conclui opinando pelo improposito do Recurso Voluntário interposto.

Na assentada de julgamento, o Advogado da empresa pronunciou-se reiterando os termos do Recurso Voluntário e pedindo a declaração de nulidade do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da

1^a Instância no que tange à infração imputada.

Preliminarmente, quanto ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, o montante e o fato gerador do débito tributário reclamado não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se quanto ao mérito neste processo.

Por outro lado, o roteiro de auditoria fiscal a que tanto o voto divergente, vencido, de primeiro grau, quanto o texto do recurso do contribuinte se referem, é tipo de verificação fiscal diverso do ora analisado.

Naquele outro roteiro de auditoria, citado pelo recorrente, e denominado levantamento quantitativo de estoque em exercício fiscal em aberto, de fato seria imprescindível a intimação fiscal para apresentação do livro Registro de Estoque, além da solicitação de apresentação das notas fiscais de saídas, e recomendável a solicitação dos demais livros fiscais.

Porém, na verificação de estoque físico realizada, faz-se necessário apenas que o Fisco vá ao estabelecimento do contribuinte, verifique a totalidade, ou parte, dos tipos e quantidades das mercadorias existentes fisicamente em estoque naquele estabelecimento no momento da verificação fiscal, seja em exibição para clientes, ou não; proceda à contagem de tais mercadorias na presença de um preposto do contribuinte - ou, caso este se recuse a dispor um seu preposto para acompanhar esta contagem, então o Fisco deve fazer constar tal situação em relatório assinado por testemunhas – e então o Fisco realize a contagem física das mercadorias. O Fisco elaborará, então, o documento “Declaração de Estoque”, que será necessariamente assinado pelo preposto do contribuinte, e intimará a empresa a fornecer, dentro de prazo que não poderá ser inferior a 48 horas, todas as notas fiscais que tenham acobertado a operação de ingresso de tais mercadorias no estabelecimento do contribuinte.

Isto foi realizado.

Observo que no Termo de Intimação anexado à fl. 11 dos autos deste processo consta a data de cientificação do contribuinte autuado no mesmo dia da contagem física de estoque.

A ação fiscal foi regularmente iniciada, nos termos do artigo 26, III, do RPAF/99, e a verificação fiscal foi deflagrada em decorrência de decisão judicial, conforme consta neste processo administrativo fiscal.

Ademais o Fisco, com zelo profissional elogiável, diante da recusa do contribuinte em apresentar a documentação fiscal solicitada, usou os dados informatizados referentes a emissão de notas fiscais eletrônicas destinadas ao contribuinte, e no controle nacional de tais documentos conseguiu constatar que havia notas fiscais da mercadoria “Aguardente Pitu”, pelo que esta não integra o rol das mercadorias encontradas sem documentação fiscal. Inexistindo outras notas fiscais visíveis pelo Fisco, seja no controle informatizado, seja apresentadas no prazo concedido ao contribuinte, não restou outra alternativa exceto a lavratura do Auto de Infração.

O contribuinte não prova, nos autos, que as notas fiscais relativas ao procedimento realizado estariam em mãos de terceiros da esfera privada, ou pública, pelo que não existe, nos autos, base para sua alegação de cerceamento de defesa, ou de impossibilidade de apresentação de contraprova.

Inatacável o procedimento fiscal.

Arguição de nulidade rejeitada.

Quanto ao mérito, de ofício observo que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Tal como já exposto no Parecer emitido pela PGE/Profis, e no Relatório que antecede este voto, o contribuinte nada traz, em sede de Recurso, que invalide o acerto da decisão de primeira instância.

O fato de mercadorias estarem sob regime de substituição tributária só elidiria a presente imputação de falta de recolhimento de ICMS se existentes notas fiscais que comprovassem que teria havido oferecimento da operação de aquisição à tributação antecipada do ICMS, mas a documentação necessária não foi apresentada pelo sujeito passivo.

Assinalo, quanto ao pedido de modificação de endereço eletrônico realizado pelo contribuinte no texto do Recurso Voluntário, que este Conselho de Fazenda Estadual não detém previsão normativa para desempenhar tal atribuição, pelo que não o posso apreciar.

Caso o contribuinte possua as notas fiscais referentes ao ingresso em seu estabelecimento, das mercadorias fulcro da imputação, pode apresentá-las até mesmo na esfera judicial.

Como não o fez até o momento desta sessão de julgamento, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

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 210436.0053/12-2, lavrado contra JACKSON BORGES SAPUCAIA (NMP COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$159.426,28, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de maio de 2014.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA - REPR. DA PGE/PROFIS