

A. I. Nº - 269198.0103/13-7
AUTUADO - O ESKINÃO DA CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RIZÉRIO
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 17/03/2014

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0045-03/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM A EMISSÃO DO RESPECTIVO DOCUMENTO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração não elidida. **b)** 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 de estoque, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE A MARGEM DO VALOR ACRESCIDO. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Itens mantidos sem qualquer alteração. **e)** OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Aplicação de penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória. Infração caracterizada. Negado pedido de diligência. Não acatada preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 02/09/2013, exige crédito tributário no valor de R\$162.820,69, em razão das seguintes irregularidades:

01 – falta de recolhimento do imposto relativo à 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 em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2008 e 2010, no valor de R\$52.690,45, acrescido das multas de 70% e 100%;

02 – omissão de saídas de mercadorias isentas e ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, sendo aplicada multa fixa de R\$50,00 para cada exercício, totalizando R\$150,00;

03 – falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto relativo à diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no exercício de 2009, no valor de R\$25.972,66, acrescido da multa de 70%;

04 - falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter dado entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, desacompanhadas de documentação fiscal, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado, no valor de R\$63.777,45, nos anos de 2008 e 2009, acrescido da multa de 70%;

05 – falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão de registro de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, nos anos de 2008, 2009 e 2010, no valor de R\$20.230,13, acrescido de multa de 60%;

O autuado impugna o lançamento fls.629/660, através de advogado, procuração fl. 661. Diz que a peça defensiva é tempestiva. Esclarece que o levantamento fiscal elaborado pelo Autuante no tocante às infrações decorrentes de levantamento quantitativo de estoque foi gerado por um erro material do programa. Afirmar que houve falha na passagem do estoque final de 2007 para o estoque inicial de 2008, quando muitos itens indicam que estava zerado e seria quase impossível uma empresa do porte da Eskinão, começar um ano sem material para vender. Além disso, relaciona em planilha, equívocos que afirma terem sido cometidos pela fiscalização, no que tange ao registro de seus estoques. Requer o deferimento de diligência por fiscal estranho ao feito.

Menciona que, ainda que se pudesse entender a procedência parcial do auto, a taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como dispõe ao longo de sua peça defensiva. Discorre de forma minuciosa e detalhada sobre a instituição, definição, adoção, características, natureza jurídica e aplicabilidade da citada taxa. Cita e transcreve doutrina e jurisprudência a respeito da aplicabilidade da taxa SELIC. Frisa demonstrar que a multicitada taxa está eivada de inconstitucionalidades, devendo ser excluída do montante do débito consoante levantamento que anexa.

Assevera que, caso pare ou reste alguma dúvida a este Conselho Estadual de Fazenda, seja deferida diligência fiscal, por preposto estranho ao feito, caso entenda necessário, a fim de que

sejam verificados e refeitos os levantamentos quantitativos para correção dos equívocos mencionados, gerados por erro do programa na migração dos dados de 2007 para 2008.

Conceitua diligências e perícias com o fito de demonstrar seu entendimento de que, no caso em análise existe esta necessidade. Lembra que o Conselho de Contribuintes declara Nula a decisão de 1º grau em razão de o julgador deixar de apreciar o pedido de diligência apresentado pelo impugnante ou deixado de motivar sua não-aceitação do pedido.

Menciona que confia na alta sensibilidade e no espírito elevado dos Julgadores, esperando ter acolhidas as razões delineadas no mérito, espera deferida a diligência por fiscal estranho ao feito, e diz confiar que a ação fiscal em tela seja julgada improcedente.

A autuante produz a informação fiscal fls.675/678. Transcreve as infrações imputadas ao contribuinte e faz uma síntese da defesa.

Afirma que a impugnação, quanto ao mérito, restringe-se a contestar o levantamento do exercício de 2008. Quanto às alegações de que as infrações decorrentes do levantamento quantitativo de estoque foram geradas por um erro de programa e que houve falha na passagem do estoque de 2007 para o estoque inicial de 2008, frisa que não há como prosperar essa argumentação, pois se supõe que o Inventário de uma empresa é feito a partir da contagem das mercadorias existentes no último dia de cada exercício (art. 330 do RICMS/BA) e não obtidos através de cálculos de programas de informática.

Quanto à alegação de que foram cometidos alguns equívocos na elaboração dos demonstrativos (fl.630), afirma que pesquisou os itens arrolados na defesa e constatou que, no único item que apresentou distorção entre o Inventário e o valor constante no demonstrativo do auto de infração, não houve nenhuma implicação no valor do débito, pois foi constatada omissão de entradas e, nesse exercício, foi cobrada a omissão de saídas, por esta ser maior.

Elabora uma tabela com base na planilha elaborada pela defesa, para demonstrar a inexistência dos equívocos relativamente aos registros de estoques.

Frise que para corroborar a informação prestada, elabora novos demonstrativos onde aponta o referido equívoco cometido, mas como se pode observar, sem efeito no cálculo do débito. Informa ter refeito o demonstrativo de cálculo das omissões – 2008, Infração 04.05.05 – Entrada de Mercadorias tributadas maior que a de saída – 2008 e demonstrativo referente a proporcionalidade das mercadorias tributadas – IN SAT Nº 56/2007. Sustenta ficar mantido o demonstrativo de débitos original.

Consta às fls.689/690 que o autuado tomou ciência da informação fiscal e decorrido o prazo regulamentar, não se manifestou.

VOTO

No presente lançamento está sendo exigido ICMS em decorrência de 05 (cinco) infrações à legislação tributária, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, nos exercícios de 2008 a 2011, já devidamente relatadas.

Preliminarmente verifico que não se encontra no presente PAF violação ao princípio do devido processo legal, tendo sido observado o direito à ampla defesa e ao contraditório, caracterizados nos aspectos abordados na impugnação, na informação fiscal, bem como na narrativa dos fatos e correspondentes infrações, não estando presentes nos autos qualquer dos motivos de nulidade elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Os autos estão devidamente instruídos. Não existem lacunas, contradições ou obscuridades que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Não acolho o pedido de revisão por fiscal estranho ao feito, visto que o sujeito passivo recebeu cópias dos demonstrativos que

fundamentaram a autuação e em decorrência deste fato trouxe aos autos elementos cujas análises puderam ser apreciadas na constância da instrução do processo. Por outro lado, existem nos autos todos os elementos necessários ao meu convencimento. Indefiro, portanto, o pedido de diligência, com fulcro no art. 147, II, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

No mérito, o autuado foi acusado de ter deixado de recolher o ICMS relativo à 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 em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2008 e 2010, e omissão de entradas maior que saídas, no exercício de 2009, infrações 01 e 03, respectivamente; omissão de saídas de mercadorias isentas e ou não tributáveis, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010, infração 02; falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter dado entrada em mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, desacompanhadas de documentação fiscal, infração 04 e falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurada em função do valor acrescido de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiros, desacompanhadas de documento fiscal, infração 05, tudo apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados.

Constato que o defendente não contesta a acusação fiscal no tocante à infração 02. Como não existe lide a ser julgada, pois o sujeito passivo ao não se manifestar sobre a mesma, acabou por reconhecer a sua subsistência, deve ser aplicado o disposto no artigo 140 do RPAF/99. Mantido este lançamento.

Da análise dos elementos que compõem o PAF, vejo que a impugnação do autuado limitou-se a alegação de que por um erro material do programa de informática que utiliza, teria havido falha na passagem do estoque final de 2007 para o estoque inicial de 2008, quando muitos itens indicavam estar zerado. Além disso, elaborou planilha onde aponta equívocos que afirmou terem sido cometidos pela fiscalização, no que tange ao registro de quantidades iniciais e finais de seus estoques. Contestou também, através de extenso arrazoado, aplicação da taxa SELIC para atualização do crédito tributário.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária. (art. 1º da Portaria 445/98).

No presente caso, o autuante apurou diferenças tanto de entradas como de saídas levando em consideração para o levantamento fiscal a diferença de maior expressão monetária – a das saídas nos exercícios de 2008 e 2010 (Infração 01) e omissão de entradas no exercício de 2009 (Infração 03).

Observo que acertadamente, foi aplicada à base de cálculo, a regra prevista na Instrução Normativa nº 56/2007 no tocante à proporcionalidade das mercadorias tributáveis.

Vejo que a ação fiscal teve por base os livros e documentos fiscais disponibilizados pelo autuado, cuja cópia do livro Registro de Inventário encontra-se anexado ao PAF, fls. 263/626. Não acolho pretensão do sujeito passivo, em desqualificar sua própria escrituração fiscal ocorrida a mais de cinco anos, considerando que os estoques das empresas são inventariados ao final de cada exercício através de contagens físicas, portanto, o estoque de 2008 encontra-se escriturado desde 2009, nas quantidades ali apontadas.

Ademais, o autuado não traz ao processo provas de sua alegação. Registro que o artigo 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.

O defendente alegou que foram cometidos alguns equívocos pelo autuante na elaboração dos demonstrativos conforme apontados em sua peça defensiva.

O autuante em informação fiscal, afirmou que pesquisou os itens arrolados na defesa e constatou que, o único item que apresentou distorção entre o Inventário e o valor constante no demonstrativo do auto de infração, não repercutiu no valor do débito, pois devidamente corrigido com a inclusão da quantidade solicitada, foi constatada omissão de entradas e, no referido exercício (2008) foi cobrada a omissão de saídas, por esta ser maior.

Da análise do novo demonstrativo elaborado pelo auditor fiscal, verifico que o único item em que o autuado comprovou necessidade de reparo (Ferro Gerdau belgo ca 4.21 3 kg), restou demonstrado o esclarecimento trazido pelo fiscal.

Acolho os novos demonstrativos elaborados quando da informação fiscal, fls. 679/687, exercício 2008, que em nada alterou a quantia lançada originalmente no auto de infração e que serviu apenas para ilustrar a importância dada pelo autuante na análise dos argumentos defensivos. Infrações 01 e 03 devidamente caracterizadas.

Constato que o autuado compreendeu os esclarecimentos da informação fiscal, posto que deles tomou conhecimento e não mais se manifestou.

Relativamente às infrações 04 e 05, vejo que foi apurada a omissão de entradas, através de levantamento quantitativo de estoques, referente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Sobre estas infrações, vale ressaltar que os respectivos valores apurados estão conforme discriminação a seguir:

- Tratando-se de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária e ainda estando as mercadorias em estoque ou saído sem tributação, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadoria recebida de terceiros desacompanhada de documentação fiscal (infração 04), conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria 445/98 e RICMS/97, art. 39, V.
- É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda se encontravam em estoque (Infração 05), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria 445/98 e inciso II do art. 353 do RICMS/97.

Ante ao exposto, considerando que o autuado não trouxe aos autos os documentos necessários a comprovação de suas alegações, considero as infrações 04 e 05 devidamente caracterizadas.

Relativamente à Taxa SELIC, observo que está prevista no art. 1º da Lei Estadual 7.753/2000, que modificou a Lei 3.956, de 11 de dezembro de 1981. O interesse da administração pública ao adotar essa taxa é o de cobrar um valor através da aplicação de um percentual, de um número real e concreto, que hoje serve como piso, referência mínima para todas as demais taxas de juros praticadas na economia brasileira e que, diga-se de passagem, é aquele que o Estado põe como meta. Ademais, falece a este Conselho atribuição legal para declarar inconstitucionalidade desta legislação, nos termos do art. 167, I do RPAF/BA.

Ante ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269198.0103/13-7**, lavrado contra **O ESKINÃO DA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do

imposto no valor de **R\$162.670,69**, acrescido das multas de 70% sobre R\$122.080,73, 100% sobre R\$20.359,83 e de 60% sobre R\$20.230,13, previstas nos incisos III e II, alínea "d" do art. 42 da Lei 7014/96, além da multa pelo descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$150,00**, prevista no art. 42, inciso XXII da citada Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2014.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR