

A. I. Nº - 140779.0003/13-7
AUTUADO - DEVIDES & VIANA LTDA.
AUTUANTE - PETRONIO ALBERTO DA FONSECA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20.05.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0077-02/14

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. RAICMS. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. Infração não elidida. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração insubsistente face a constatação de erro na apuração do débito. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, no mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas de mercadorias através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, o lançamento foi efetuado com base na diferença das quantidades de saídas de mercadorias, maior que a das entradas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Não foram comprovados, na defesa, os alegados erros no trabalho fiscal. 4. DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO ECONÔMICO-FISCAL. DECLARAÇÃO DE APURAÇÃO MENSAL DO ICMS - DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

ELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/2013, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$464.133,85, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 - 04.05.05 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$87.766,09, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro e setembro de 2009, abril e novembro de 2010, setembro e novembro de 2011, maio e outubro de 2012, conforme demonstrativo e documentos às fls. 17 a 27. Tudo conforme Anexo III, contendo planilhas de auditorias da conta corrente fiscal e cópias dos respectivos espelhos do RAICMS dos exercícios de 2009 a 2012.

02 – 04.05.09 -Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS no valor de R\$217.132,12, no período de janeiro de 2009 a dezembro de 2010, referente a mercadoria adquirida com imposto pago por substituição tributária, conforme demonstrativo e documentos às fl. 29 a 34. Tudo conforme Anexo IV, contendo relatórios resumo mensal e analítico dos créditos indevidos apropriados, relativos às mercadorias enquadradas na substituição tributária dos exercícios de 2009 e 2010.

03 – 04.05.08 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$158.815,34, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das

saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque relativo aos exercícios de 2009 e 2010, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas, conforme levantamentos e demonstrativos às fls.36 a 76. Tudo conforme anexo V, contendo todos os relatórios e levantamentos relativos a auditoria dos estoques dos exercícios de 2009 e 2010, tendo sido impressas apenas as primeiras e ultimas paginas dos mesmos.

04 – 01.05.03 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais através da DMA (Declaração de Apuração Mensal do ICMS), referente aos exercícios de 2010, 2011 e 2012, sendo aplicada a multa no total de R\$420,00, conforme documentos às fls. 78 a 80

O autuado em sua defesa às fls.87 a 92, destacou a tempestividade de sua defesa, e preliminarmente suscitou a nulidade da ação fiscal, por cerceamento ao direito de defesa, sob alegação de que os documentos arrecadados durante a ação fiscal não foram integralmente devolvidos com a intimação acerca do AI, especialmente as notas fiscais relativas ao item 02. Assim, entendendo que ocorreu prejuízo para a sua defesa, pede que seja decretada a nulidade do lançamento, ou, ao menos, da intimação sobre a autuação, devendo nesse caso ser renovada.

No mérito, com relação ao item 01, notadamente no que se refere ao mês de janeiro de 2009, argumenta que não há que se admitir tamanha "diferença", supostamente decorrente de "desencontro entre valores recolhido e escriturado", e que não é sequer sensato imaginar que a empresa iria apurar débito de R\$81.727,27 e recolher apenas R\$175,39. Diz que o Anexo correspondente a este item, inclusive, aponta recolhimento a maior, em vários meses, em montantes, individuais, que chegam a mais de R\$178.000,00, que somados os valores supostamente pagos a maior, teria direito a restituição de R\$1.336.488,01, importância suficiente para quitar, com multas e acréscimos, toda a autuação, com saldo de quase 400 mil reais.

Frisa que as divergências certamente decorreram de erros no lançamento, ou na apuração dos valores a recolher, o que será devidamente apurado e comprovado, tendo em vista a base documental da Autuada (notas de entradas e saídas e respectivos registros). Observa que como o interstício para a defesa não foi suficiente, pede a posterior juntada de documentos e demonstrações, suportados na base documental, objetivando atestar que os valores recolhidos foram realmente aqueles devidos, bem como, diante dos indícios apresentados a partir dos relevantes "saldos credores", revisão por fiscal estranho ao feito.

Quanto ao item 02, argui a sua improcedência, sustentando que não houve o alegado "crédito indevido", nem ofensa ao art. 97, IV, "b", do RICMS, posto que não adquiriu as mercadorias mencionadas no AI com o ICMS recolhido por substituição tributária, e sim pelo regime normal de apuração.

Aduz que conforme pode se auferido nas notas fiscais de entradas dos produtos relacionados no Anexo IV, não existiu o pagamento do imposto por antecipação ou substituição, o que estaria a cargo dos remetentes. Entende que esse fato, por si só, elide a acusação, pois não foi apresentada prova de que teve lugar o encerramento da fase de tributação.

Invocou o artigo 346 do RICMS, para mostrar que, no caso, não ocorreu o pagamento do ICMS por antecipação ou substituição, visto que não era devido, o que, por via conexa, não veda a utilização do crédito fiscal.

Sustenta que a substituição tributária não foi realizada, pelos estabelecimentos remetentes, simplesmente porque as mercadorias listadas não se encontram no regime de substituição tributária, e não estão listadas no item 73 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/2009.

Com referência ao item 03, ressalta que é impossível o estabelecimento vender aparelhos de "ar condicionado", condensadores etc, sem nota fiscal, devido à necessidade decorrente da "garantia de fábrica". Afirma que não vendeu as mercadorias citadas no AI sem notas fiscais. Diz que apesar de se encontrar prejudicada pela não devolução integral dos documentos arrecadados,

pelo que pede, como meio de prova, a posterior juntada de demonstrativos e documentos, já identificou ao menos um ponto que repercutiu no lançamento de ofício.

Alega que de acordo com o Auto de Infração nº 269114.4002/11-9, julgado pela 3ª JF, Acórdão JF nº 0309-03/13, sofreu outra apuração de estoques, relativa aos exercícios de 2007 e 2008, e que de acordo com as alegações da defesa na oportunidade, e apurado através da diligência anexa, a cargo de Fiscal Estranho ao feito, foi constatado que os livros e documentos fiscais, apesar de arrecadados, foram desprezados durante a ação fiscal (o que aconteceu novamente em relação ao AI ora impugnado), sendo utilizados apenas os arquivos magnéticos do SINTEGRA, os quais continham inconsistências.

Argumenta que a apuração citada tem relação direta com a presente autuação, na medida em que as quantidades consideradas no inventário final de 2008, aprovadas pelos Fiscais Estranhos ao feito e pelo CONSEF, devem compor os estoques iniciais de 2009, o que não foi levado a efeito. Os estoques, incluindo o de 2008, a exemplo do AI mencionado, foram considerados equivocados desde 2007, pois não foram computadas informações de saldos constantes do LRI.

Sustenta que os estoques a serem computados, são aqueles encontrados, examinado o lastro documental, a partir da diligência realizada no AI 269114.4002/11-9, tudo consoante às fls. 375 a 382, do citado AI.

Por conta disso, considerou imprescindível que se faça uma revisão total da apuração, de 2009 e 2010, devido a influência dos estoques, a partir do final de 2008 (inicial de 2009), que comprovadamente foram inseridos no lançamento com quantidades que não correspondem à realidade. Por isso, pede, como meio de prova, a posterior juntada de demonstrativos e documentos e, notadamente, revisão por fiscal estranho ao feito, para os devidos ajustes, iniciando pelos estoques iniciais de 2009.

Finaliza protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de documentos e, visando o esclarecimento dos fatos acima relatados, e por revisão por fiscal estranho ao feito, pede a NULIDADE da ação fiscal e, por via conexa, do Auto de Infração, ou a nulidade da intimação efetivada dia 27/12/13 e, ao final, a IMPROCEDÊNCIA do lançamento de ofício.

Na informação fiscal às fls. 125 a 127, o autuante comenta sobre a importância, para a fiscalização, das informações prestadas pelo contribuinte através do Sintegra, cujo trabalho fiscal só se concretiza após a validação do conteúdo de tais informações, e salienta que o próprio autuado questiona a escrituração básica dos registros de apuração e as informações deles decorrentes, que foram gerados a partir de suas informações.

Quanto a infração 01, observa que o fato apurado está em conformidade com as planilhas acostadas ao processo e respectivos espelhos dos livros Registros de Apuração, **fls. 17 a 27** do presente processo, cópias essas, fornecidas pelo próprio contribuinte mediante intimação, conforme fl. 10 do mesmo PAF.

Salienta que o autuado alega que supostamente teria ocorrido, “erros no lançamento, ou na apuração dos valores a recolher”, mas não fundamenta nem traz elementos, fatos ou evidências materiais que sustentem a improcedência da autuação. No que diz respeito a possíveis valores recolhidos a maior, aduz que se for procedente tal alegação, e cabível a restituição, o contribuinte pode requerer em processo regular, não cabendo ao autuante fazer qualquer compensação no presente processo.

Sobre infração 02, declara reconhecer a procedência das alegações defensivas, explicando que foi induzido a interpretar a situação como crédito indevido, em decorrência da descrição e NCM das mercadorias elencadas estarem no rol das sujeitas a ST interestadual, o que lhe levou a entender que a atividade complementar do contribuinte, CNAE 4322302 - "Instalação e manutenção de sistemas centrais de ar condicionado, de ventilação e refrigeração", estaria correlacionada à construção civil, portanto, dentro do previsto no Protocolo 104/2009.

Com relação à infração 03, argumenta que o autuado tenta se esquivar do levantamento levado a efeito, na forma regularmente prescrita e legalmente sustentada, por um via transversal, distorcida e legalmente frágil, ao se reportar a fato pretérito desvinculado da situação fática, objeto do presente PAF. Informa que para corroborar com tal afirmação, em decorrência de diversas inconsistências detectadas nos arquivos Sintegra do autuado, relativos aos exercícios de 2009 e 2010, intimou o autuado a corrigi-los em 29/10/2013, conforme intimação, fl. 11 do presente AI, antes de realizar qualquer roteiro de auditoria. Destaca que entre as omissões de registros obrigatórios, estavam justamente os Reg. 74, relativos aos estoques iniciais e finais de 2009 e 2010, cujo suprimento só ocorreu 30 (trinta) dias após a intimação, que após serem recepcionadas e cotejadas as informações com os estoques existentes nos respectivos livros de inventários dos períodos considerados, mostraram-se consistentes. Assim, diz que não procede a alegação que os levantamentos dos estoques se basearam em inventários inconsistentes.

Assevera que tal afirmativa se baseia no fato, talvez desconhecido do patrono do autuado, que o estoque de mercadorias apurado no final de cada exercício e registrado no livro próprio e declarado ao fisco, também via arquivos Sintegra (REG 74), é fruto da contagem física das mercadorias existentes no estoque naquela data, e é realizada pelo próprio contribuinte, que constitui-se numa obrigação fiscal e também de controle interno da empresa, já que desvios, perdas por sinistros e outras ocorrências, são bastantes comuns na atividade comercial e caso não sejam bem gerenciados, comprometem a lucratividade e a continuidade do negócio. Diz ainda que os valores levantados fisicamente, refletem portanto, a realidade fática do estoque existente naquele momento, independentemente da movimentação das mercadorias ocorrida anteriormente (Entradas/Saídas).

Quanto a alegação que não foram devolvidos todos os documentos fiscais, diz que se tratam de **cópias** de notas fiscais de entradas, cujas informações já foram tempestivamente lançadas nos respectivos livros e arquivos magnéticos, e que foram objeto de uma segunda intimação específica, fl. 12, cujo atendimento não ocorreu em tempo hábil, só ocorrendo na data da lavratura do presente AI, não sendo concebível alegar cerceamento de defesa, por não dispor das informações contidas nestas. Para efeito de contornar esta ou qualquer outra alegação, cujo objetivo é postergar o desfecho deste PAF, anexou à fl. 130 comprovante da devolução das cópias das notas fiscais de entradas a que se refere o autuado.

Foram anexados à informação fiscal às fls.128 a 130, 1 (um) Recibo de CD e 2 (dois) CD's, contendo cópia desta informação fiscal e 1 (uma) cópia impressa do recibo de devolução das NF's de entradas, arrecadadas, supra mencionadas .

Conclui pugnando pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na defesa foi suscitada em preliminar a nulidade da ação fiscal, por cerceamento de defesa, sob alegação de que os documentos arrecadados durante a ação fiscal não foram integralmente devolvidos com a intimação acerca do AI, especialmente as notas fiscais relativas ao item 02.

Constato que o autuante não contestou esta alegação, porém, comprovou, após a informação fiscal, ter devolvido dois livros Registro de Inventário e notas fiscais de entradas dos anos de 2009 e 2010, bem como, foi entregue uma cópia da informação fiscal, conforme Recibo de Arquivos Eletrônicos, possibilitando-lhe exercer a ampla defesa e o contraditório.

Portanto, no plano formal, a autuação fiscal está em conformidade com a legislação tributária, não lhe faltando fundamentação legal, visto que os fatos descritos no Auto de Infração estão de acordo com o Regulamento do ICMS do Estado da Bahia, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14/03/1997, considerando as disposições contidas na Lei nº 7.014/96, e acompanhados das respectivas provas representadas por demonstrativos e levantamentos elaborados pelo fiscal

autuante, além de cópias de documentos fiscais, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, sendo respeitada a ampla defesa e contraditório.

Sobre a juntada posterior suscitada na defesa, não existe na legislação tributária até antes de julgamento, nenhum óbice para que sejam juntados os demonstrativos e os documentos, que diz já ter identificado e repercutido no presente lançamento de ofício.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para que a ASTEC/CONSEF procedesse revisão do lançamento, com base no art. 147, inciso I, alínea “b”, do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas.

No mérito, na análise das peças processuais verifico que a infração 04, relativa a acusação de declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através das DMAS dos anos de 2010, 2011 e 2012. É subsistente, porquanto o sujeito passivo em sua defensiva silenciou a respeito.

Verifico, ainda, que em relação à infração 02, referente a utilização de crédito fiscal sobre aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, o patrono do autuado logrou êxito em sua informação de que à luz do artigo 346 do RICMS/97 e do item 73 do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/2009, as mercadorias não se encontram no regime de substituição tributária, e portanto, devido o crédito fiscal utilizado sobre as mesmas. Inclusive o autuante admitiu o equívoco no lançamento tributário deste item, o que torna improcedente a autuação em relação a este item.

No que tange à infração 01, o fulcro da autuação é de que ocorreu recolhimento a menos do ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Nos demonstrativos às fls.17, 20, 23, e 25, encontram-se demonstrados os valores resultantes da comparação entre os valores apurados nos anos de 2010 a 2012, para os valores recolhidos. Verifico que os números constantes nestes demonstrativos correspondem exatamente com os valores apurados pelo próprio autuado no Registro de Apuração do ICMS às fls. 18, 19, 21, 22, 24, 26 e 27.

Na impugnação deste item, o patrono do autuado considerou descabida a acusação fiscal, destacando que no caso do mês de janeiro de 2009, não seria sensato imaginar que a empresa iria apurar débito de R\$81.727,27 e recolher apenas R\$175,39. Verifico no demonstrativo à fl. 17 que em todos os meses foram apurados valores significativos, sendo que nos meses de fevereiro a dezembro consta que ocorreram os devidos recolhimentos, exceção do mês de janeiro.

Foi alegado ainda na defesa que as divergências decorreram de erros no lançamento, ou na apuração dos valores a recolher, o que diz que será devidamente apurado e comprovado, tendo em vista o volume de sua base documental (notas de entradas e saídas e respectivos registros).

A infração está devidamente caracterizada através dos elementos de provas apresentados pelo autuante, e o sujeito passivo se limitou a alegação sem qualquer documento de prova.

Não acolho o pedido do autuado para revisão fiscal, consoante já indeferido no início deste voto, pois foi concedido o prazo legal para a defesa, e não foi comprovado qualquer impedimento para o exercício da ampla defesa e do contraditório. Ressalto que o patrono do autuado até a data do julgamento da lide nada apresentou para comprovar suas alegações.

Quanto a alegação de que em vários meses ocorreram recolhimentos a maior, cabe ao autuado pleitear a restituição, se assim o desejar, junto a autoridade fazendária competente.

Por essas razões, mantenho o lançamento deste item.

Com relação ao item 03, pelo lançamento ora em discussão exige-se ICMS, face a constatação em auditoria de estoques de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de saídas, relativamente aos exercícios de 2009 e 2010.

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias encontra-se devidamente demonstrado às fls. 36 a 76 e CD à fl. 15, onde constam especificadas e relacionadas as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito .

De acordo com os demonstrativos e o CD acima citado, o levantamento que resultou na autuação fiscal é composto de diversos quadros demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, nos quais a fiscalização especifica os produtos objeto da exigência fiscal, bem como as quantidades, e os demais dados necessários e considerados, e se baseia nos dados constantes nas notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, e no Registro de Inventário, informados no arquivo magnético entregue à SEFAZ, inclusive corrigido conforme informação do autuante. E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

O lançamento foi impugnado com base na alegação de que houve erro nas quantidades dos estoques inicial e final dos exercícios fiscalizados.

Para comprovar o alegado, o sujeito passivo acostou às fls. 113 a 121, cópia do Acórdão JJF nº 0309-03/13, referente a outra autuação em nome do autuado. Da análise do referido julgamento, constato à fl. 116, que o revisor fiscal naquele processo em momento algum disse que houve erro nos estoques; o que consta é que não haviam sido consideradas várias notas fiscais de saídas no levantamento quantitativo de 2007 e 2008, sem qualquer referência a alteração dos estoques.

Pelo argumento do defendente, se depreende que ele entende que na medida que foram inseridas notas fiscais na auditoria de estoques, este fato gerou alterações nos estoques. É notório que as quantidades do estoque final é determinada pela contagem física das mercadorias no final do exercício, servindo esta quantidade como estoque inicial do exercício seguinte, e assim, sucessivamente. Portanto, o fato de ocorrido ajustes nas quantidades das saídas ou entradas, em auditoria de estoques de determinado período, não tem o condão de alterar as quantidades do estoque final.

Além do mais, no presente caso, o patrono do autuado não apontou objetivamente, ainda que por amostragem, quais as mercadorias que constavam no levantamento quantitativo com os estoques errados.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$247.001,43.

INFRAÇÕES	VL. INICIAIS	VL. JULGADOS
1	87.766,09	87.766,09
2	217.132,12	-
3	158.815,34	158.815,34
4	420,00	420,00
TOTAIS	464.133,55	247.001,43

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 **140779.0003/13-7**, lavrado contra **DEVIDES & VIANA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$246.581,43**, acrescido das multas de 60% sobre R\$87.766,09, 70% sobre R\$53.724,03 e de 100% sobre R\$105.091,31, previstas no artigo 42, II, “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e

dos acréscimos legais, além da multa no por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$420,00**, prevista nos incisos XVIII, “c” do citado dispositivo legal.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

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

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR