

A. I. Nº - 146552.0004/13-8
AUTUADO - L. I. R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - PEDRO GOMES CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SUL
INTERNET - 09.06.2014

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0106-04/14

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS 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, 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 contabilizá-las, efetuou os pagamentos respectivos com recursos decorrentes de operações de saída também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 09/09/2013, exige ICMS no valor histórico de R\$ 12.794,40, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, Lei 7.014/1996, sob a acusação de falta de recolhimento, constatada em razão de omissões de entradas e de saídas, exigindo-se o gravame com fulcro no valor de maior expressão monetária, o das omissões de entradas, tendo em vista a presunção legal de que o contribuinte, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os respectivos pagamentos com recursos provenientes de vendas também não escrituradas, no mesmo exercício.

Trata-se de renovação da ação fiscal da qual resultou o Auto de Infração nº 232845.0513/11-4, anulado por meio do Acórdão JJF 0253-04/12 (fls. 25 a 27).

Através de advogada regularmente constituída (procuração e substabelecimento às fls. 66/67), o sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 86 a 118.

Em preliminar de nulidade, com fundamento em doutrina, no art. 5º, LV, CF/1988 c/c art. 2º, RPAF/1999, aduz que o lançamento de ofício foi efetuado em afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório, visto que o autuante apresentou, em termos gerais, volumes de mercadorias e quantidades, sem especificar a que documentos as operações dizem respeito.

Tal fato, por exemplo, impossibilita identificar situações como vendas para entregas futuras e compras no dia 31 de dezembro, com retiradas nos dias seguintes. Na sua concepção, a distorção é agravada com a indicação não específica dos itens objeto da auditoria (circulador, TV LG 21 etc.), o que torna impossível a identificação das omissões apontadas.

Asseverando que a Decisão anterior inquia de “*nulidade definitiva*” o ato administrativo em enfoque, registra que nenhum consumidor compra tais aparelhos sem notas fiscais, fato que sequer pode ser reputado como prática de mercado. Na pior das hipóteses, segundo alega, o autuante deve ser instado a corrigir as incongruências, de maneira que a sociedade empresária fiscalizada possa exercer o contraditório e a ampla defesa.

Argumenta que os documentos que consubstanciaram a presente exigência são idênticos aos primeiros, que nas planilhas da fiscalização não se consegue ler as marcas ou tipos dos produtos

auditados, e suscita prejudicial de decadência, com transcrições de legislação, doutrina e jurisprudência. Segundo alega, expirou o prazo de cinco anos, contado das datas das ocorrências, para efetuar novo lançamento. Inclusive porque, a seu ver, o vício ensejador da nulidade foi material (art. 173, II, CTN).

No mérito, sustenta que os cartões de telefonia (“*sim cards*”) sofrem tributação de regime especial, sendo descabido o cálculo apontado nos demonstrativos de fls. 07 a 21.

O fisco também não teria observado que o Decreto 7.799/2000 trata da sua aplicabilidade nas hipóteses de vendas já contempladas com redução de base de cálculo ou concessão de crédito presumido, quando as normas do mesmo forem mais favoráveis ao contribuinte. Assim é que – com relação às vendas de celulares e “*sim cards*” – o mencionado Decreto lhe é mais benéfico e deve ser aplicado em detrimento do art. 87, XXIV e XXV do RICMS/1997.

Colaciona demonstrativo de comparação à fl. 108 e pede que sejam compensados os créditos na hipótese de haver tributo a recolher. Requerendo diligência, afirma que diversos produtos designados no levantamento estão sujeitos à antecipação parcial, e que os créditos referentes não foram levados em consideração na auditoria de estoques, pelo que pleiteia compensação, com fulcro no art. 155, § 2º, I, CF/1988.

Por fim, reitera o pedido de diligência, produção de prova pericial e documental e reclama do caráter confiscatório da multa, pleiteando redução, para encerrar requerendo o deferimento das suas razões.

Na informação, de fls. 161/162, o autuante argumenta que não há fundamentos legais a amparar os pedidos de nulidade ou decadência, já que o vício constante do processo administrativo anterior foi saneado.

Pede a declaração de procedência da autuação.

VOTO

Não possuem amparo fático ou jurídico os argumentos relativos aos pressupostos de validade do procedimento administrativo, pois o auditor expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu o ilícito tributário, indicando os documentos e demonstrativos, bem como seus dados e cálculos, assim como apontou o embasamento jurídico.

Também não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Nos memoriais de cálculo de fls. 07 a 21, entregues ao impugnante junto com os demais papéis de trabalho, nos termos dos recibos de fls. 60/61, estão indicados os códigos dos produtos, seus preços unitários, estoques iniciais e finais, quantidades de entrada e saída etc., ou seja, todas as informações necessárias ao exercício do direito de defesa.

Rejeitada, portanto, a preliminar de nulidade.

Quanto à prejudicial de decadência, deve ser observado que o art. 150, § 4º do CTN dispõe sobre lançamento por homologação, sendo que tal atividade (de homologar) guarda relação com o recolhimento necessária e antecipadamente efetuado. Sem o pagamento anterior, não há que se falar em homologação, pois nada existe para ser homologado.

Assim, nas hipóteses de falta de pagamento ou pagamento a menor, a contagem do instituto em comento deve ser efetuada com base no art. 173, I do referido Código.

Já o art. 173, II estatui que o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contados da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Vícios podem ser formais ou materiais. O que os diferencia, basicamente, é se estão no instrumento de lançamento ou no próprio lançamento.

O vício formal, como no presente caso, estava na forma do ato administrativo, porquanto corretamente direcionado ao sujeito passivo, atendendo assim à regra-matriz de incidência no aspecto pessoal, mas inquinado de mácula atentatória à ampla defesa e ao contraditório, devidamente afastada com o segundo lançamento de ofício.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

Não há razões para diligência, pois todos os elementos aptos à formação da convicção dos julgadores estão presentes no processo, o que afirmo com supedâneo no art. 147, I, “a” do RPAF/1999.

No que tange à multa, a mesma encontra fundamento no inciso III do art. 42 da Lei do ICMS/BA, não assistindo a este órgão a atribuição de apreciar o caráter supostamente confiscatório, e, por conseguinte, a constitucionalidade (art. 167, I, RPAF/1999). Esta instância também não possui atribuição legal para reduzir ou cancelar penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/1999.

No tocante ao mérito, insta ressaltar que a exigência decorre da presunção legal de que o impugnante realizou operações de saída não escrituradas e não tributadas, no mesmo exercício em que foram apuradas as entradas omitidas. Então, os fatos geradores do tributo em baila não são aqueles decorrentes das operações auditadas (omissão de entradas), mas da presunção legal (omissão de saídas).

Improcedentes, portanto, as argumentações defensivas de dificuldades na identificação de vendas para entregas futuras; compras no dia 31 de dezembro, com retiradas nos dias seguintes; e de desconsideração do pagamento do imposto por antecipação parcial, instituto que não tem a menor relação com a irregularidade constatada.

Igualmente, não há que se falar em tributação diferenciada ou em crédito, tampouco em benefícios referentes a atacadistas, pois em todas estas situações devem ser observados deveres instrumentais descumpridos pelo defendant.

Concluo ser absolutamente ilógico, por exemplo, conceder crédito desprovido de documentação fiscal, assim como benefício de redução de carga tributária a operações sem notas, cujos destinatários não foram devidamente informados ao Ente Tributante, o qual desconhece a regularidade ou irregularidade das suas situações cadastrais. Assinale-se que o Decreto dos Atacadistas (7.799/2000) não permite tributação incentivada nas saídas para contribuintes inaptos, baixados, suspensos etc.

Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, 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 contabilizá-las, efetuou os pagamentos respectivos com recursos decorrentes de operações de saída também não contabilizadas.

Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos.

Infração caracterizada.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 146552.0004/13-8, lavrado contra **L. I. R. COMÉRCIO VAREJISTA DE ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para

*ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)*

efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.794,40**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO - JULGADOR