

PROCESSO - A. I. Nº 129423.0003/14-8
RECORRENTE - CONQUISTA CALÇADOS LTDA. - EPP
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0227/02-14
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 13/05/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0101-11/15

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS DE IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) 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. b) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Ante a constatação no item anterior, é devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. 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 26/03/2014 para exigir ICMS no valor histórico total de R\$50.141,88, acrescido das multas de 60% e de 100% em razão de três irregularidades, todas objeto da impugnação originária e do apelo recursal:

INFRAÇÃO 1 – 02.01.01 - Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de dezembro de 2010, abril a junho, agosto a dezembro de 2011, conforme demonstrativo às fls. 06 a 12. ICMS no valor de R\$19.595,32, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – 04.05.02 - Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, apurado sobre as saídas omitidas, constatado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, referente aos exercícios de 2010 e 2011, conforme demonstrativos às fls. 13 a 17, e 18 a 21. ICMS no valor de R\$19.866,50, acrescido da multa de 100%.

INFRAÇÃO 3 – 04.05.09 - Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, na sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria, referente aos exercícios de 2010 e 2011, conforme demonstrativos às fls.22 a 28, e 29 a 37. ICMS no valor de R\$10.680,06, acrescido da multa de 60%.

Consta em complemento à descrição da Infração 01 – 02.01.01: “*Anexo Demonstrativos e cópias dos livros Registro de Apuração do ICMS e livros Registro de Inventário*”; e das infrações 02 – 04.05.02 e 03 – 04.05.09: “*Anexo demonstrativos e cópias dos livros Registro de Inventário, Arquivos Magnéticos e mídia contendo todos relatórios de entrada, saída e preço médio*”.

O Fisco acostou documento às fls. 05 a 267, nestes incluídos recibos de entrega de demonstrativos fiscais ao autuado, estando assinados pelo preposto do contribuinte, na data da cientificação da autuação (02/04/2014), os recibos de fls. 10, 28 e 37; assinados sem data pelo preposto da empresa os recibos de fls. 06 e 17; e não estando assinado pelo preposto da empresa o demonstrativo de fl. 21.

O autuado impugnou o lançamento de ofício às fls. 276 a 290, preliminarmente arguindo nulidade da autuação por não ter recebido os demonstrativos que a embasariam, em seguida recorrendo acerca de cerceamento de direito de defesa e aduzindo que, no mérito, o Fisco não teria provado suas acusações; insurgiu-se também contra a multa aplicada.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 302 a 303 contestando as alegações defensivas e mantendo as imputações aduzindo, dentre outros pontos, que o levantamento quantitativo de estoque fora realizado com base nos arquivos magnéticos fornecido pela própria empresa e apresentados regularmente à INFAZ, conforme Convênio ICMS 57/95 (Sintegra); que todos os demonstrativos foram anexados às fls. 06 a 37, e teriam sido devidamente assinados pelo contador da empresa autuado, com procuração, estando atestado o recebimento de cópias dos demonstrativos. Que fora fornecido também, à empresa autuado, cópias das planilhas em mídia (CD).

À fl. 306, em sessão de pauta suplementar, após ponderações a Junta de Julgamento Fiscal converteu o processo em diligência à INFAZ de origem para que fosse intimado o sujeito passivo e, no ato da intimação, fossem anexadas as cópias dos documentos a seguir especificados, reabrindo-se o prazo de defesa por 30 dias: Auditoria da Conta Corrente - docs. fls.06 a 12; Demonstrativos de Estoque – docs.fls. 13 a 37; Arquivos Magnéticos – doc. fl.266; CD – Levantamento das entradas e das saídas, e do cálculo do preço unitário médio – doc. fl.267; Informação Fiscal – docs.fls.302 a 303; e o despacho de diligência.

A solicitação da JJF foi cumprida, conforme documentos fls. 309 e 336.

O contribuinte pronunciou-se às fls. 312 a 331 reiterando a impugnação anterior e contestando a autuação.

A autuante, à fl. 337, informa que foi anexada à fl. 336 uma intimação, onde foram anexados todos os documentos e mídias solicitados, conforme diligência anexada à fl. 306, reabrindo o prazo de defesa por trinta dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório.

O julgamento unânime em primeira instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0227/02-14, às fls. 341 a 347. Em seu voto assim se expressa o nobre Relator:

VOTO

Analizando a arguição de nulidade a pretexto de insegurança na determinação da infração e de ofensa ao princípio da ampla defesa e contraditório, verifico que não merece prosperar tal arguição, visto que, o Auto de Infração obedeceu ao disposto nos artigos 39 e 41 do RPAF/99, eis que contém todos os levantamentos e demonstrativos necessários para a demonstração da base de cálculo.

No caso, constato que apesar de constar no complemento da descrição dos fatos “Anexo demonstrativos e cópias dos livros Registro de Inventário, Arquivos Magnéticos e mídia contendo todos os relatórios de entrada,

saída e preço médio”, não existia no processo nenhum comprovante específico de entrega por ocasião da intimação acerca da lavratura de Auto de Infração, de cópias de todos os termos, demonstrativos, levantamentos e mídia (CD) contendo os relatórios de entrada, saída e preço médio, que fundamentam a autuação.

De acordo com o § 1º do artigo 18 do RPAF/99 a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração, desde que as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente.

Por conta disso, na fase de instrução do processo para fins de julgamento, conforme despacho de diligência à fl.306, o processo foi convertido em diligência à Infaz de origem, sendo, mediante intimação, reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, e entregues os documentos que fundamentam as infrações, quais sejam, Auditoria da Conta Corrente - docs.fls.06 a 12; Demonstrativos de Estoque – docs.fls. 13 a 37; Arquivos Magnéticos – doc. fl.266; CD – Levantamento das entradas e das saídas, e do cálculo do preço unitário médio – doc. fl.267; Informação Fiscal – docs.fls.302 a 303; inclusive o despacho de diligência de fl.306.

Desta forma, o sujeito passivo teve a oportunidade de exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, razão porque, rejeito a preliminar de nulidade argüida na defesa, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99.

Ultrapassada a preliminar de nulidade, passo a analisar o mérito das infrações.

Infração 01 – 02.01.01

O débito lançado neste item foi apurado através de Auditoria da Conta Corrente do ICMS, conforme demonstrativos às fls.06 a 12, na qual, encontram-se demonstrados todos os valores das entradas e das saídas, e respectivos créditos e débitos, e a apuração dos saldos mensais devidos que não foram recolhidos.

Mantenho o débito no valor de R\$19.595,32, lançado neste item, por restar caracterizada a infração na referida auditoria da conta corrente fiscal, e em virtude de o autuado, exercendo a ampla defesa e o contraditório, sem adentrar no mérito, limitou-se a argüir nulidade por insegurança na determinação da infração, argüição esta que foi rejeitada na análise da preliminar.

Infrações 02 – 04.05.02 e 03 – 04.05.09

O débito das infrações imputadas foi apurado através de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2010 e 2011, e encontra-se devidamente demonstrado nos anexos constantes às fls. 13 a 37, nos quais, 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.

O cálculo do débito de cada infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base:

- Nas 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, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, (Infração 01)
- Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro, na sua escrita, de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, (Infração 02)

O levantamento quantitativo por espécie de mercadorias é um roteiro de auditoria que objetiva a conferência da regularidade da movimentação quantitativa de determinado período, toma por base as quantidades dos estoques iniciais e finais, as entradas, apurando as saídas reais que comparadas com as notas fiscais de saídas, se resultar diferença de saídas maior que a de entradas, leva a conclusão de que esta diferença decorre de entradas de mercadorias não registradas, e o contrário, conduz a ocorrência de saídas de mercadorias não levadas à tributação do imposto. E foi exatamente com base na apuração através de levantamento quantitativo que a fiscalização fundamentou estes itens da autuação.

Na impugnação inicial, o sujeito passivo argüiu a improcedência do lançamento, sob o fundamento de que as infrações em comento não foram devidamente comprovadas.

Não merece acolhimento esta alegação, pois como dito acima as infrações contém os elementos de provas representados pelos levantamentos e demonstrativos às fls. 13 a 37, inclusive de mídia eletrônica (CD) às fls.266 e 267, e informação fiscal, todos entregues ao autuado, conforme intimação à fl.309, os quais trazem a demonstração cristalina dos cálculos e dos valores apurados pela fiscalização.

Quanto a argüição, na segunda impugnação, de que a exigência do crédito tributário de ICMS na forma feita na infração 02 do presente lançamento, lesa frontalmente o princípio da não cumulatividade, também não há como prosperar, visto que o fulcro da autuação decorre da constatação de omissão de saídas de mercadorias.

Desse modo, não cabe deduzir, do ICMS devido em razão da omissão de saídas tributadas, os créditos de ICMS da entrada desses produtos, pois, repito, o fundamento da autuação foi omissão de saídas de mercadorias que não foram registradas na escrita fiscal, e por conseguinte, o crédito fiscal sobre as entradas já foi utilizado.

Nestas circunstâncias, considerando que não houve impugnação objetiva, ou seja, não foi apontado qualquer erro nos números ,,,,consignados nos levantamentos fiscais, ficam mantidos os débitos nos valores de R\$19.866,50 e R\$10.680,06, respectivamente, subsistindo integralmente os lançamentos tributários.

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

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 356 a 411, reproduzindo as suas alegações das impugnações originárias. Em apertada síntese, o Recorrente descreve fatos do processo, em seguida argui nulidade do lançamento por insegurança na determinação da infração e discorre a respeito de doutrina e jurisprudência sobre validade de lançamento de ofício. Prossegue aduzindo que adentrará no mérito da exação e argui que as imputações não estariam comprovadas. Afirma que a legislação determina que o dever de prova é do Fisco, e cita trechos de textos doutrinários e de Decisão administrativa em outra lide e contencioso administrativo, a respeito.

Em seguida aduz que se pronunciará sobre os “*argumentos específicos*” da infração 2, e discorre acerca do princípio da não-cumulatividade, citando dispositivos da Constituição da República e doutrina, e expondo que os créditos fiscais da empresa deveriam ser considerados no levantamento fiscal, independentemente de identificação da mercadoria cuja operação tenha dado origem a tal crédito fiscal, e o Fisco não teria considerado os créditos fiscais do sujeito passivo, ao realizar o lançamento.

Passa a discorrer sobre a multa dizendo-a abusiva, confiscatória, citando doutrina, jurisprudência de tribunais da esfera judicial e dispositivos constitucionais.

Conclui pedindo que o Recurso seja provido e que, caso não seja cancelado o Auto de Infração em sua totalidade, seja ao menos reduzido o percentual de multa para o máximo de 20% do valor do tributo.

A PGE/PROFIS, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho Sento-Sé, emite Parecer às fls. 418 a 420 aduzindo que o contribuinte praticamente repete, em sede de Recurso, o quanto já alegado na impugnação inicial, e já apreciado pelo julgamento de primeira instância. Considera ausentes argumentos jurídicos capazes de provocarem a revisão do Acórdão recorrido. Afirma que as arguições de inconstitucionalidade devem ser rechaçadas porquanto falece ao Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade, a teor do artigo 167, inciso I, do RPAF/99.

Afirma que as imputações estão claras, alicerçadas nos demonstrativos de fls. 06 a 37 dos autos, e as multas aplicadas de acordo com a legislação. Que a arguição de nulidade do Auto de Infração deve ser rechaçada porque o lançamento está amparado em norma constitucional, artigo 155, II, da Constituição da República, e na Lei do ICMS, tenho o autuante descrito com perfeição o fato gerador e a legislação tributária aplicável à espécie em exame.

Pontua que em homenagem aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal, o processo foi convertido em diligência, tendo sido entregues ao contribuinte os documentos que fundamentaram as exigências fiscais e reaberto o prazo de defesa.

Expõe que o contribuinte insiste em questionar a validade da autuação sem enfrentar, de forma precisa, o mérito das exigências fiscais descritas no lançamento tributário sob apreço, não tendo logrado indicar erros no cálculo efetivado em consonância com a Portaria nº 455/98, em relação à auditoria de levantamento quantitativo de estoque.

Afirma que a arguição de lesão do princípio da não cumulatividade não há como prosperar porque o cerne do Auto de Infração reside na constatação de omissão de saídas de mercadorias. Que desse modo não cabe deduzir, do ICMS devido em razão de omissão de saídas tributadas, os créditos de ICMS da entrada desses produtos, pois o fundamento da autuação foi omissão de saídas de mercadorias que não foram registradas na escrita fiscal, e por conseguinte o crédito fiscal sobre as entradas já foi utilizado.

Conclui opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, no que tange 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, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, a forma de apuração do imposto lançado e o enquadramento normativo em que lastreia-se a exação assim 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, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo comprovadamente recebido parte dos demonstrativos atinentes às mesmas já na data da cientificação da lavratura do Auto de Infração, conforme seus recibos de fls. 10, 28 e 37, e por determinação da JJF o contribuinte recebeu cópia de todos os demais demonstrativos do levantamento fiscal, inclusive daqueles cujas cópias já houvera recebido anteriormente, consoante os novos comprovantes que assina às fls. 309 e 336, sendo-lhe corretamente então reaberto o prazo de impugnação ao lançamento de ofício, e assim o contribuinte teve assegurado o exercício de ampla defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por três vezes neste processo. Arguições de nulidade rejeitadas.

Assinalo, por oportuno, que está afastada da competência deste contencioso administrativo a apreciação de inconstitucionalidade, e de ilegalidade de dispositivo normativo em vigor, nos termos do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e de inconstitucionalidade das multas aplicadas, sob o argumento de que teriam efeito confiscatório, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do já mencionado artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, além do que as multas aplicadas, 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.

No mérito, igualmente não merece reparo a Decisão recorrida. Em verdade, o contribuinte não aborda de forma específica qualquer aspecto relacionado aos fatos apurados na ação fiscal. Cinge-se a teorizações acerca de cerceamento de defesa, e quanto à existência de um dito crédito fiscal cujo valor e origem nunca identifica e que, alega sem provar, não teria sido considerado pelo Fisco quando da apuração do imposto. Impede assim, o recorrente, que haja uma análise sobre mérito, com base em sua irresignação até então juridicamente infundada.

De ofício observo que em relação à imputação 01, cujo imposto devido foi calculado em auditoria de conta-corrente fiscal, os créditos fiscais escriturados e documentados pelo contribuinte foram considerados pelo Fisco, conforme comprovam os demonstrativos de fls. 06 a 12.

Em relação às imputações 2 e 3, a auditoria fiscal foi realizada com base na Portaria Estadual nº 445/98, já citada no voto que baseia a Decisão de piso, Acórdão do qual o contribuinte foi cientificado e recorreu. Tratando-se de auditoria de levantamento de estoque, não há que se considerar créditos fiscais ou débitos tributários escriturados, porquanto nesta auditoria fiscal realiza-se apuração matemática de quantidades de mercadorias ingressadas, quantidades de mercadorias mantidas em estoque, e quantidades de mercadorias enviadas em operações de saídas. É um levantamento fiscal de quantidades de determinadas mercadorias que circularam pelo estabelecimento do contribuinte em limitado período, em espécie nos exercícios de 2010 e de 2011. Por conseguinte, inexistente equívoco na ação fiscal realizada, descabendo qualquer alegação acerca de considerar-se, ou não, créditos fiscais neste tipo de procedimento fiscal.

Por tudo quanto exposto, 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 **129423.0003/14-8**, lavrado contra **CONQUISTA CALÇADOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.141,88**, acrescido das multas de 60% sobre R\$30.275,38 e 100% sobre R\$19.866,50, previstas no art. 42, incisos II, alíneas d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA HELENA DE MENDONÇA CRUZ - REPR. DA PGE/PROFIS