

A. I. Nº - 298636.0106/14-0
AUTUADO - NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EDSON JOSÉ DE OLIVEIRA CARNEIRO
ORIGEM - IFEP SERVIÇOS
INTERNET - 23/03/2015

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0057-03/15

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo de estoque, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Valor da diferença de entradas superior ao das saídas. Infração caracterizada. Negados o pedido de diligência e perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 01/12/2014, exige ICMS, no valor de R\$47.195,40, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício-2013 (infração 04.05.05)

O autuado através de advogado habilitado ingressa com defesa, fls. 24 a 31 afirmando que o Auto de Infração necessita de reparo, razão pela qual requer a produção de prova por meio de diligência fiscal, haja vista que o levantamento fiscal padece de erro relacionado à quantidade de aparelhos celulares constantes nas notas fiscais. Explica que o estoque inicial coincide com o levantamento fiscal, mas o total de entradas e saídas estão divergentes, gerando assim estoque final diferente e a falsa conclusão de que houve saída e entrada de bens sem nota fiscal. Cita como exemplo 05 itens objeto do levantamento quantitativo, indicando em planilhas denominadas "movimentação correta do estoque", "movimentação manual- transação sistêmicas" e "a análise do fiscal".

Entende ter caracterizado erro cometido no auto de infração que diz respeito às entradas e saídas de bens menores do que realmente existia no seu estoque. Protesta pela juntada de planilha relativamente a todo o período autuado.

Aduz que em casos análogos ao presente, o mesmo agente fiscal ao lavrar os AIs nºs 269130.0012/12-0 e 2986360092/14-0 também cometeu erro na contagem de estoque, que foi sanado por meio de diligência fiscal, conforme comprova decisão do Conselho Administrativo de Julgamento que diz anexar.

Afirma que em razão da diferença entre os números listados pelo fiscal e o por ele apontados, notadamente no que diz respeito ao total de entrada e de saídas e, por força do princípio da verdade material é indispensável a realização de diligência fiscal, conforme dispõe o artigo 119, § 1º do COTEB.

Argumenta que para a correta aplicação do Direito à matéria é imprescindível a produção de prova, notadamente a realização de perícia técnica para comprovar que o levantamento fiscal não corresponde a realidade dos fatos, haja vista que a quantidade de aparelhos é dissonante quando cotejado o total de saída e entrada de aparelhos. Por essa razão, foi apontada a diferença no estoque, levando a falsa impressão de saída de equipamentos desacompanhada de documento fiscal e, portanto, sem pagamento do ICMS. Dito de outra forma, tendo em vista que há matéria de fato a ser comprovada é fundamental a realização de perícia, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa na medida em que a Impugnante ficaria impedida de produzir prova necessária ao deslinde da presente controvérsia.

Ressalta que a Constituição Federal de 1988, no seu artigo 5º, incisos LIV e LV, que transcreveu, garantem aos litigantes em geral o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa como garantia individual. Afirmar também que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento sobre o direito potestativo de realização de prova pericial no âmbito do processo administrativo, por força do princípio do *“due process of law”*. Menciona decisões do Supremo Tribunal federal sobre o tema.

Reitera o pedido de realização de perícia para comprovar que inexistiu a diferença de estoque a justificar a cobrança do presente ICMS, com fundamento nos princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Finaliza requerendo a desconstituição do auto de infração, afastando a cobrança da multa e do ICMS, a produção de provas admitidas pela legislação pertinente e o deferimento da sustentação oral.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fl. 59/60, esclarece que apesar da defesa ter afirmado que o Auto de Infração de nº 269130001212/0 foi lavrado pelo mesmo autuante e que houve erro na contagem de estoque, não condiz com a verdade pois o mesmo foi lavrado por outro auditor, o que pode ser rapidamente constatado pois os seis primeiros números do Auto de Infração são formados pelo cadastro do autuante e não coincide com seu que é 298636 e não 269130. Quanto ao outro Auto de Infração o de nº 298636.0092/14-0, que a defesa alega conter os mesmos erros do presente Auto, foi julgado procedente, conforme Acórdão que anexou.

Prossegue afirmando que a alegação de erro na contagem de aparelho por parte do autuado carece de fundamento pois não foram apresentados demonstrativos de cálculos comprovando tais erros, assim como as respectivas notas fiscais. Para provar a sua alegação deveriam ser indicadas as quantidades dos aparelhos acompanhadas das respectivas notas fiscais para que fosse possível efetuar o comparativo com as quantidades indicadas no Auto de Infração, devendo constar inclusive o CFOP de cada operação.

Ressalta que a obrigação de apresentar provas em defesa do autuado é dele próprio e o auditor tem obrigação de apresentar provas de que existe o imposto a ser cobrado e estes estão presentes no Auto de Infração, no CD-R anexado à folha 17, contendo todos os demonstrativos bem como relação de notas fiscais de entrada e saída que comprovam a existência do débito.

Esclarece que o trabalho foi efetuado com base nos registros da Escrituração Fiscal Digital-EFD e notas fiscais eletrônicas. Frisa que na folha 4 a 9 do Auto de Infração constam a relação de CFOPs utilizados na auditoria de estoque, explicações importantes sobre as saídas com CFOP 5949 e 6949 (outras saídas não especificadas) e esclarecimentos prestados pelo autuado em resposta a seus questionamentos , através de intimações por e-mail.

Ao finalizar, opina pela manutenção da autuação.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de irregularidade, decorrente de falta de recolhimento do imposto constatada pela apuração de diferenças tanto de entradas

como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência requerido, com base no art. 147, I, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Ademais, suas alegações de equívocos nos levantamentos efetuados pelo autuante não se fazem acompanhar das provas documentais que as ampare. Como tais provas se referem a documentos e livros que estão de posse do próprio contribuinte, caberia a este trazê-los aos autos para elidir a infração, demonstrando as incorreções alegadas, e não requerer revisão a cargo do Fisco com base em alegações desprovidas de suporte fático.

E, de fato, os alegados equívocos cometidos pela fiscalização em relação a consideração de entradas e saídas, no levantamento quantitativo inferiores ao existente no estoque da empresa, não se fez acompanhar da prova neste sentido, qual seja, os referidos documentos fiscais não foram acostados aos autos, nem indicadas.. Por outro lado, a infração foi embasada nos levantamentos fiscais anexados aos autos, tendo o sujeito passivo recebido todos os demonstrativos sintéticos e analíticos elaborados na auditoria, conforme recibo assinado pelo representante da empresa, fl.16, tendo o prazo de 30 dias para apresentar sua impugnação, que lhe é assegurado pelo o art. 123, do RPAF/99.

Os levantamentos fiscais indicam cada nota fiscal, seu número, data e quantidade e valores considerados pela fiscalização, de forma separada para entradas e saídas, bem como as quantidades dos estoques inicial e final. As notas fiscais e os registros dos estoques encontram-se de posse do sujeito passivo, o qual poderia, perfeitamente, confrontar os levantamentos fiscais com os seus documentos fiscais, e apontar as diferenças por ventura encontradas, entretanto, esse procedimento não foi realizado pela defesa, importando veracidade do levantamento fiscal na forma do Art. 142, do RPAF/BA:

Art. 142. A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Portanto, ante ao acima exposto, entendo que não pode ser acolhido o pedido de diligência.

Em relação à perícia requerida, entendo que esta tem a finalidade de esclarecer fatos eminentemente técnicos, a ser realizada por pessoa que tenha reconhecida habilidade ou experiência técnica na matéria questionada, o que não é o caso dos autos já que se trata de levantamento quantitativo de estoque não sendo necessário conhecimento especializado para o deslinde da questão. Razão pela qual também fica indeferida, com base no art. 147, II, do RPAF/BA.

No que concerne ao mérito do levantamento, o sujeito passivo não apresentou nenhum documento ou demonstrativo para contrapor aos elaborados pelos autuantes. Limitou-se a apresentar 03 planilhas relativa a 05 itens objeto do levantamento quantitativo de estoque, de um outro Auto de Infração, referente ao exercício de 2012, denominadas "Movimentação correta do Estoque"; "Movimentação Manual-Transações Sistêmicas" e "Análise do Fiscal".

As duas primeiras que seriam a supostas movimentações corretas dos estoques e variação do estoque, estão desacompanhadas de demonstrativos analíticos e respectivos documentos fiscais. A terceira, que seria o resumo do estoque elaborado pela fiscalização, no exercício de 2012, não têm nenhuma relação com o presente lançamento, que diz respeito ao exercício de 2013.

É importante ressaltar que as quantidades relativas aos estoque inicial e final considerados pela fiscalização foram extraídos dos livros Registro de Inventário, constantes nos registros da Escrituração Fiscal Digital -EFD. A escrituração do referido livro fiscal é de inteira responsabilidade do contribuinte e, em caso de alguma incorreção esta deve ser informada ao

Fisco acompanhada das respectivas comprovações, o que não ocorreu .

No que diz respeito ao pedido de cancelamento da multa imposta, deixo de acatá-lo, visto que esta instância de julgamento não possui competência para decidir sobre pedido de redução ou cancelamento de penalidade por descumprimento de obrigação principal, a teor dos artigos 158/159, RPAF/99.

De igual modo, não houve questionamento em relação ao cálculo do preço médio, da base de cálculo, da alíquota, do imposto reclamado ou de qualquer cálculo constante da autuação.

Ante ao acima exposto, entendo que a infração restou caracterizada.

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 **298636.0106/14-0**, lavrado contra **NEXTEL TELECOMUNICAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$47.195,40**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2015.

ARIVALDO DE SOUZA PREIRA - PRESIDENTE

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ – RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTE REIS - JULGADOR