

A. I. Nº - 269200.3009/16-6
AUTUADO - CIA DE FERRO LIGAS DA BAHIA – FERBASA
AUTUANTE - JOÃO FLÁVIO MARQUES DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 06-07.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0104-04/17

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. ESTABELECIMENTO EM PROCESSO DE BAIXA DE INSCRIÇÃO ESTADUAL. Procedimento fiscal levado a efeito tomando como base o inventário inicial de mercadorias devidamente declarado no livro Registro de Inventário. Inexistência de registro de saídas de mercadorias mediante emissão de documentos fiscais. Impossibilidade jurídica de enquadramento dos fatos apurados no benefício do diferimento. Configurado o descumprimento de obrigação principal, estando em conformidade com a lei, a forma de valoração da base de cálculo do imposto. Não acatado os pedidos de nulidade do procedimento fiscal e de decadência do direito do fisco lançar o tributo. Indeferido o requerimento de remessa dos autos para a realização de perícia fiscal. Não acolhido o pedido para suspensão do julgamento e arquivamento do processo. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o Auto de Infração em referência, expedido em 29/09/2016, de exigência de crédito tributário na ordem de R\$229.744,22, acrescido de multa de 100%, em face da seguinte acusação: *“Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado”*.

Foi acrescentado que: *“Contribuinte declarou estoque inicial inventariado de mercadorias tributadas no valor de R\$1.039.566,59 (hum milhão, trinta e nove mil, quinhentos e sessenta e seis reais e cinquenta e nove centavos), em 01/01/2014, não tendo havido movimento de mercadorias no período e não havendo estoque final de mercadorias inventariado na data do pedido de baixa, em 03/09/2014, restou apurado uma omissão de saídas de mercadorias tributadas referentes a todos os itens presentes no estoque inicial. Desta forma, foi adicionado ao valor das mercadorias constantes do estoque inicial o percentual de 30%, a título de Marques de Valor Adicionado - MVA - resultando na base de cálculo de R\$1.351.436,57 (hum milhão, trezentos e cinquenta e um mil, quatrocentos e trinta e seis reais e cinquenta e sete centavos), cujo imposto devido resultou em R\$229.744,22 (duzentos e vinte e nove mil, setecentos e quarenta e quatro reais e vinte e dois centavos), calculado à alíquota de 17% (conforme art. 22, inciso I, e seus § 1º, inciso I, alínea “g”, da Lei n. 7.014/96)”*.

Cientificado do lançamento, o autuado ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 12 a 15, apresentando, em síntese, os argumentos a seguir delineados.

Inicia citando que os autuantes fizeram referência, de forma ampla, a alguns artigos, sem, no entanto, apontar o inciso correspondente. Cita como exemplo o Art. 23-B da Lei nº 7.014/96 e o

Art. 5º da Portaria nº 445/98, citados no referido Auto de Infração quando do enquadramento legal, possuem diversos incisos e/ou alíneas. Com isso, suscita a nulidade do Auto de Infração ante a não identificação precisa dos dispositivos legais mencionados como infringidos e/ou que respaldem a lavratura do Auto de Infração, impossibilitando sua defesa e, com isso, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Em seguida passou a suscitar a decadência do direito do Estado em efetuar o presente lançamento ao argumento de que houve apuração de tributo *“supostamente devido e não recolhido a menor em datas anteriores a 11.10.2011, isto é, anteriormente ao quinto ano retrospectivo à data da notificação do Auto de Infração. Conforme cediço, o Código Tributário Nacional prevê que a decadência do direito do fisco para lançar tributos ocorre em cinco anos, contados da data do fato gerador (artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional)”*.

Passou a efetuar uma síntese da autuação onde após apontar a infração que lhe foi imputada relativamente a falta de pagamento de imposto, acrescentou que, além disso foi aplicado

Diz que o Auto de Infração, o acusa de ter deixado de recolher ICMS em operações de comercialização de mercadorias sem emissão de nota fiscal apropriada, conforme transcrição a seguir: "Falta de recolhimento do imposto relativa às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais". Pontou que, em razão disso, o autuante aplicou o percentual de MVA de 30% ao valor das mercadorias constantes do estoque inicial conforme artigo 22, inciso I e seu § 1º, inciso I, alínea "g", da Lei nº 7.014/96.

Esclarece sua atividade principal, produção de ligas metálicas, sendo que, no seu processo produtivo necessita do insumo denominado biorredutor (carvão vegetal) que é produzido a partir de árvores de eucalipto, razão pela qual firmou contrato de compra e venda de árvore em pé com a empresa Bahia Pulp S.A, recorrendo acerca da operacionalidade das respectivas aquisições, salientando que as referidas operações foram agasalhadas pelo diferimento do imposto estadual.

Pontua que em razão disto todos os materiais listados pelo autuante como integrantes do saldo inventariado estavam ali registrados pelos valores de aquisição e/ou formados pelos valores pagos aos respectivos fornecedores.

Cita que a ausência física dos referidos produtos e materiais decorreu da saída para uso na produção de Ferro Ligas sem a emissão da devida nota fiscal de transferência, porém cumprindo seu fluxo operacional e a devida tributação do produto Ferro Ligas quando vendido no mercado interno, aduzindo que, não obstante este fato, não ignora a falta do controle correspondente, disciplinado na legislação atual, com efeitos tão-somente no campo da obrigação acessória.

Defende que as peças que constituem o presente Auto de Infração, não apresentam evidências reais do exercício de sonegação de ICMS que se justifique a promoção de algum ressarcimento aos cofres do Estado da Bahia.

Com isso entende que a base legal apresentada pelo autuante não guarda correlação com a realidade fática da operação conforme se infere da legislação apontada, pois o autuante classificou a ocorrência como sujeita a incidência prevista pelo Art. 2º, inciso I do RICMS-BA/2012, transcrito, enquanto que a circulação dos produtos em apreço gozam da prerrogativa da condição de situação tributária do diferimento, consoante texto do Art. 286 do Decreto nº 13.780/2012 (RICMS/BA), sendo os demais registrados na sua entrada sem crédito do ICMS e utilizados como material de uso e consumo, sendo sua movimentação entre estabelecimentos amparada pela isenção do ICMS, com agasalho no disposto na alínea "b", do inciso XXII, do artigo 265, do RICMS/BA.

Ao final, protesta pela produção de todos os meios de prova permitidos em Direito, em especial a realização de perícia fiscal, nos termos do artigo 145 do RPAF, para constatação de ausência de qualquer irregularidade no que tange ao recolhimento do ICMS, o que ocorreu quando da venda do seu produto final, reservando-se ao direito de indicar Assistente Técnico e quesitos à época da realização dos trabalhos, requerendo por fim:

- (i) que seja declarado nulo o referido Auto de Infração, tendo em vista a não identificação precisa dos dispositivos legais supostamente infringidos, sob pena de violação dos princípios do contraditório e da ampla defesa;
- (ii) no distante cenário de não acolhimento da nulidade arguida, reconhecer a decadência operada, no que tange à apuração do período anterior a 11.10.2011;
- (iii) julgar improcedente a acusação fiscal consubstanciada na suposta "Infração 01 - 04.05.01", uma vez que, em momento algum deixou de recolher o ICMS devido ao Fisco Estadual, e que seja aplicada, apenas, eventual penalidade em razão do não cumprimento da obrigação acessória;
- (iv) alternativamente, na remota hipótese de considerar procedente o referido Auto de Infração, o que se ventila, tão-somente, em obediência ao princípio da concentração dos atos processuais, seja excluído o valor adicionado às mercadorias (Margem de Valor Adicionado).

O autuante prestou Informação Fiscal, fls. 20 a 27, rebatendo, inicialmente, o argumento de nulidade suscitado na defesa por afronta ao art. 39, V, do RPAF/BA, não merece prosperar uma vez que este dispositivo não faz menção à descrição pormenorizada dos dispositivos legais e regulamentares infringidos, mas sim a “a descrição dos fatos considerados infrações de obrigações tributárias principal e acessórias, de forma clara, precisa e sucinta. Diz, ainda, que não houve afronta ao Art. 18, IV “a” e § 1º do mesmo regulamento, enquanto que o seguinte Art. 19 é expresso em afirmar que a nulidade não será decretada se, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

No que se relaciona a alegação de decadência cita que não há fato gerador ocorrido anteriormente à data de 11/10/2011, conforme defendido pela autuada. O lançamento perfaz-se em um único fato gerador, ocorrido em 20/08/2014, o que afasta por completo a tese defensiva.

Em relação ao mérito ressalta que o inventário final de mercadorias, por ocasião do pedido de baixa de inscrição cadastral, não foi declarado na Escrituração Fiscal Digital - EFD da Autuada, sendo, por isso, considerado inexistente, fato este que não sofreu qualquer contestação por parte desta, sendo considerado o estoque inicial de mercadorias, existente em 01/01/2014 (equivalente ao estoque de 31/12/2013).

Acrescenta que como o pedido de baixa de inscrição cadastral foi veiculado posteriormente a referida data, ainda no mesmo exercício, considerou o estoque final zero e a ausência completa de operações comerciais até a data do pedido, chegando à conclusão pela omissão de saídas de mercadorias tributadas apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, sendo inegável, pois, que havia mercadorias tributadas em estoque no início do exercício fiscal em que houve o pedido de baixa, e que tais mercadorias saíram sem a emissão de documentos fiscais.

Destaca que o diferimento do imposto, mencionado pela autuada em sua defesa, não está vinculado à mercadoria apenas, mas à operação de saída desta com destino a um estabelecimento que goze do benefício, enquanto que o Art. 286, IX, do RICMS/BA, preconiza o regime do diferimento nas saídas de carvão vegetal apenas quando destinados a estabelecimento industrial que o utilize em seu processo produtivo, pontuando, ainda, que se não houve emissão do documento, como afirmar categoricamente que a operação com tais mercadorias ocorreu com empresa habilitada a operar no regime de diferimento com as mesmas.

Pondera que como não houve a declaração formal de estoque final, tendo sido a omissão calculada mediante um processo de levantamento fiscal (bem simples, é verdade), não se pode admitir que a mesma se dê sem a incidência da margem de valor agregado – MVA, como preceitua o artigo 23-B, inciso II, alínea “a”, da lei 7.014/96, já que se estaria atuando *contra legem*.

Conclui afirmando que não se pode admitir que as mercadorias em estoque estivessem valoradas por seu preço final, já embutido o ICMS, isto porque a legislação ordena que as mercadorias em estoque sejam valoradas sem o citado imposto. E mais, sendo as operações praticadas

ordinariamente pela autuada com tais mercadorias ao abrigo do regime de diferimento, mais razão existe para acreditar que as mercadorias estocadas não embutissem qualquer valor a título de ICMS.

Ao final diz que as considerações prestadas pela autuada mostram-se incapazes de elidir a autuação e solicita ao Inspetor Fazendário legitimado a decidir a questão que acate o lançamento de ofício efetuado, que julgue esta Notificação Fiscal totalmente procedente, nos termos expostos nesta informação fiscal.

Na assentada do julgamento pautado para o dia 20/06/2017, o autuado apresentou o processo SIPRO nº 103160/2017-4, onde informa que *“tendo em vista que não logrou êxito em localizar em seus arquivos documentos que fundamentaram a sua defesa, optou pela realização do pagamento do valor apurado pelo i.Auditor, com desconto, antes do julgamento, conforme disposto no artigo 45, inciso IV, da Lei nº 7.014/96”*.

Acrescentou, ainda que *“Assim, promoveu a FERBASA a quitação da quantia apontada pelo i.Auditor, por meio de certificado de crédito de ICMS, conforme Processo nº 098665/2017-1 de 09/06/2017, ingressado pela Unigel Plásticos S/A, inscrita no CNPJ/MF sob nº 02.402.478/0001-73, na condição de detentora do crédito do ICMS, ...”*, requerendo com base nestes argumentos *“a suspensão do julgamento previsto para 20/06/2017 e o arquivamento do presente processo, em razão da satisfação do crédito”*.

VOTO

Inicialmente me posiciono acerca do pedido de suspensão do julgamento formulado pelo autuado, o qual não pode ser acolhido tendo em vista que:

- a) O inciso IV da Lei nº 7.014/96, suscitado pelo autuado foi revogado Lei nº 11.899, de 30/03/10, DOE de 31/03/10, efeitos a partir de 31/03/10.
- b) Não consta dos autos que o certificado de crédito já tenho sido emitido e no sistema SIGAT, não consta até a presente data, que tenha ocorrido a quitação do débito, conforme mencionado pelo autuado.
- c) Desta maneira, o processo se encontra apto para julgamento, o que passo a fazê-lo na forma abaixo.

A acusação inerente ao Auto de Infração em lide diz respeito a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo exigido imposto na ordem de R\$229.744,22 mais multa de 100%.

Em sua defesa o autuado suscitou preliminarmente a nulidade do Auto de Infração em razão, ao seu entender, da não identificação precisa dos dispositivos legais considerados infringidos, incorrendo em violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não acato o argumento defensivo ante as razões que passo a discorrer. Analisando a peça inicial destes autos vejo que os dispositivos que foram considerados como infringidos constam detalhadamente enumerados na peça acusatória com os seguintes enquadramentos: Lei nº 7.014/96 - art. 2º, inc. I (relacionado ao fato gerador do ICMS nas operações de circulação de mercadorias) e art. 23-B (que trata da apuração da base de cálculo do imposto na hipótese de omissão de saídas apurada pelo fisco por meio de levantamento quantitativo de estoques). RICMS (Dec. 13.780/2012): art. 83, inc. I (que diz respeito à obrigação de emissão da nota fiscal para acobertar as operações de saídas de mercadorias). Portaria nº 445/1998: arts. 4º e 5º: (vinculados aos procedimentos de auditoria fiscal na hipótese de ser apurada omissão de saídas de mercadorias).

Por outro lado, conforme muito bem pontuado pelo autuante em sua informação fiscal, ainda que houvesse algum equívoco na indicação dos dispositivos legais e regulamentares, isto não seria motivo para se declarar a nulidade do lançamento, tendo em vista a regra constante no Art. 19 do

RPAF/BA, que prescreve que não implica em nulidade o erro na indicação de dispositivo legal desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento na norma de lei. No caso concreto a descrição da infração cometida foi precisa, envolvendo a falta de emissão de nota fiscal para acobertar a saída de mercadorias existentes no estoque da empresa, e consequentemente a falta de recolhimento do imposto devido. Ressalte-se que no caso presente a omissão foi apurada a partir da declaração do próprio sujeito passivo de inexistência de mercadorias em seu estoque por ocasião do encerramento das atividades do estabelecimento verificada em 03/09/2014, sem a demonstração da destinação dada aos estoques inventariados em 31/12/2013 o qual representa o estoque inicial em 01/01/2014.

O outro pedido suscitado pelo autuado diz respeito a arguição de decadência do direito do Estado em constituir crédito tributário para os fatos apurados neste lançamento.

Também não pode ser acolhido este argumento. Isto porque, o procedimento fiscal tomou como base os estoque de mercadorias existentes em 01/01/2014, enquanto que o lançamento teve como data de ocorrência o dia 03/09/2014, situação esta que configura, de forma inequívoca a ocorrência da decadência, não tendo qualquer pertinência a alegação defensiva de existência de créditos tributários lançados anteriores a 11/10/2011, já que esta alegação é totalmente alheia e não contém qualquer relação com os fatos narrados e apurados no Auto de Infração, razão pela qual não acato essa preliminar de mérito.

Ao adentrar as questões relacionadas ao mérito da autuação, de início, indefiro de imediato o pleito de realização de diligência requerido pelo autuado, vez que o mesmo não desincumbiu do ônus de provar, documentalmente, as alegações articuladas na impugnação, ou seja, a total ausência nos autos de elementos capazes de produzir prova que deveria ter sido apresentada pelo autuado apontando fato impeditivo do lançamento fiscal

Assim, é certo que o convencimento do julgador será formado a partir dos fatos e circunstâncias constantes no processo, apreciando as provas, ao tempo em que a deliberação para a realização de diligência ou perícia ocorre quando essas providências forem necessárias à convicção do julgador, podendo ser indeferida quando entender for desnecessária em vista dos elementos probantes presentes aos autos. Desta forma fica indeferido o pedido de perícia formulado, com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF-BA/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide.

No que tange a exigência tributária propriamente dita vejo que esta teve como lastro o levantamento quantitativo de estoque, o qual considerou como ponto de partida as mercadorias inventariadas em 01/01/2014. Tendo em vista a inocorrência de saídas através de documentos fiscais destas mercadorias, no período fiscalizado, e que o autuado ao elaborar o inventário final à época do pedido de baixa em 03/09/2014, não declarou a existência de mercadorias em estoque na Escrituração Fiscal Digital – EFD, foi considerado, corretamente, inexistente a quantidade de mercadorias naquela data, as quais, repito, saíram desacompanhadas de documentos fiscais, fato este, aliás, não negado pelo autuado.

Alegou ainda o autuado como circunstância impeditiva da cobrança do imposto, a previsão na legislação do ICMS do diferimento do imposto nas saídas de carvão vegetal destinado a estabelecimento industrial que o utilize em seu processo produtivo. Todavia, no caso exame, não houve a emissão de documento fiscal para acobertar a operação, não se podendo afirmar que as saídas das mercadorias ocorreram com destino à empresa habilitada a operar no regime de diferimento com as mesmas. Não há possibilidade de aplicação, portanto, do regime de diferimento em relação ao estoque de mercadorias objeto da autuação por duas razões principais: 1º) não há documento fiscal que acoberte a operação declarada pela defesa; 2º) não há, pela ausência de documentação fiscal, como certificar que a lenha ou o carvão vegetal foram efetivamente destinados a estabelecimento habilitado a operar no diferimento e a decorrente aplicação desses insumos no processo industrial da empresa, com subseqüentes saídas tributadas dos produtos resultantes da fabricação. Restou configurado o descumprimento de obrigação

tributária principal, não havendo como se acolher a tese defensiva de que houve no caso concreto o mero descumprimento de obrigações instrumentais.

No que se refere à formação da base de cálculo do imposto, constato que o autuante aplicou corretamente a legislação de regência do ICMS, positivada na Lei nº 7.014/96, que estabelece, em relação à apuração de omissão de saídas, que na hipótese de inexistência de inventário final no período final de apuração, deverá ser considerado o custo médio unitário constante do inventário inicial, do mesmo período, acrescido da margem de valor adicionado prevista no inc. I do § 1º, do art. 22 da mesma lei. O referido dispositivo fixa diversos percentuais para gêneros de mercadorias distintos, e na alínea “g”, estabelece o percentual de 30% para outras mercadorias não listadas nas alíneas anteriores, situação em que se enquadra o carvão vegetal.

Finalmente, quanto aos pedidos de conversão da penalidade aplicada para penalidade por descumprimento de obrigação acessória, tal pleito não pode ser atendido vez que restou caracterizado que o fato motivador do lançamento é o de descumprimento de obrigação principal, e como tal deve ser apenado. E, no tocante a exclusão da margem de valor agregado na composição da base de cálculo da exigência fiscal, também é inviável o acolhimento de tal pedido, vez que, o lançamento está em consonância com a norma legal, conforme já acentuado.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente 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 **269200.3009/16-6** lavrado contra **CIA DE FERRO LIGAS DO ESTADO DA BAHIA – FERBASA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$229.744,22**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inciso. III, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, em 20 de junho de 2017

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE / RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS- JULGADORA

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR