

A. I. Nº - 233055.1101/01-8
AUTUADO - FOTOFOLASH COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO TERUYUKI TAIRA
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 20.02.02

2^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-02/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A defesa deve ser acompanhada de provas, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações. A simples negativa de cometimento de infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Acusação fiscal não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM SAÍDAS SUBSEQUENTES BENEFICIADAS COM A NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÃO EFETUADA COM MERCADORIA TIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração apurada através da nota fiscal comprobatória da operação. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 06/11/01, refere-se a exigência de R\$10.566,60 de imposto, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais decorrente da falta de contabilização de entrada de mercadoria em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício de 1997.
2. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios.
3. Utilização indevida de créditos fiscais de ICMS referentes às aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com a não incidência do imposto.
4. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

O autuado alega em sua defesa que constatou inúmeras irregularidades no Auto de Infração. Transcreve o art. 155 da Constituição Federal e ensinamento de Roque Antônio Carrazza, afirmando o defendant que só existe a incidência do tributo quando houver um negócio jurídico que resulte na circulação do bem, e que no caso da empresa recorrente, entende que somente haverá incidência do ICMS quando ela comercializar armações e lentes para óculos. Destaca a visão de José Souto Maior Borges. Alega também, que observou que o autuante, apurou a falta de emissão de documentos fiscais de saídas relativamente ao exercício de 1998, bem como o

extravio de documentos fiscais de entradas e saídas referentes ao mesmo exercício. O defendente argumenta que em caso de impossibilidade da apresentação de notas fiscais, resta ao Auditor Fiscal a verificação através da contabilidade da empresa, pois considera que a contabilidade tem fé pública, e o autuante ao utilizar simplesmente o controle de estoque, as entradas e saídas de mercadorias, deixou de considerar as armações que chegam quebradas ou os pequenos furtos que ocorrem em depósito, ou no trato da mercadoria. Outro questionamento feito pelo defensor é em relação à omissão de receita, afirmando que o autuante, ao confrontar as entradas e saídas de mercadorias, sempre que não encontra o número certo da mercadoria, conclui que ocorreu omissão de receita. Cita ensinamentos do Prof. Hely Lopes Meireles, e afirma que foi observada a ausência de critérios quanto a aplicação das normas legais pelo autuante. O defensor comenta o art. 37 da Lei 8.212/91, art. 10 do Decreto 70.235/72. Disse que não houve discriminação da base de cálculo, mas, tão somente uma tabela indicando o valor desta, que não há uma planilha contendo a aplicação de juros e multa, existindo apenas a descrição dos fatos, elencando o número de leis e artigos sem a contextualização. Cita decisão do Superior Tribunal de Justiça, relativamente ao Princípio do Contradictório, e Princípio da Ampla Defesa. Contesta a multa aplicada, dizendo que a multa por infração fere o Princípio da Capacidade Contributiva. Cita a doutrina neste sentido, comenta sobre a cobrança da taxa SELIC, argumentando que a taxa de juros flexível e flutuante, conforme as oscilações de mercado é uma aberração, e assim pede que seja declarada a impossibilidade da cobrança da taxa SELIC e procedido um novo cálculo para se determinar o montante efetivamente devido. Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal, dizendo que o autuado apresenta as razões de defesa com intuito meramente protelatório, uma vez que não entrou no mérito da questão. O autuante contestou as razões defensivas quanto ao cálculo do imposto, a alegação de extravio de documentos fiscais, e em relação à contabilidade, informando que o imposto foi apurado tomando como base as entradas, saídas e estoques. Quanto à inobservância dos requisitos legais alegada pelo defensor, o autuante informou que o Auto de Infração está de acordo com a legislação, bem como a multa aplicada, e que não é da competência do autuante julgar a legalidade da taxa SELIC. Requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em sua totalidade.

VOTO

O primeiro item do Auto de Infração, refere-se ao levantamento quantitativo de estoques, exercício de 1997, sendo constatadas entradas e saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis.

Apesar de ser alegado pelo defensor que existem diversas irregularidades no levantamento quantitativo de estoques, não foi apresentado qualquer demonstrativo, elemento ou documento para contrapor o levantamento fiscal, não foi apontada qualquer divergência em relação aos dados apurados pelo autuante, e não foi comprovada nos autos a alegação de que não foram consideradas as armações que chegaram quebradas ou os pequenos furtos que ocorrem em depósito, ou perdas no trato da mercadoria.

De acordo com o art. 123, do RPAF/99, é assegurado ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

O levantamento quantitativo de estoques tem como objetivo conferir as entradas e saídas de mercadorias em confronto com o inventário registrado no livro próprio em um determinado exercício, e como consequência, no presente processo houve a constatação, no mesmo exercício, de entradas e saídas de mercadorias sem documento fiscal, sendo que o cálculo do preço unitário médio de cada mercadoria está demonstrado às fls. 21 e 22 dos autos, cujos valores foram utilizados na determinação da base de cálculo do imposto apurado, conforme estabelece a legislação.

De acordo com o demonstrativo de estoque, fl. 09, foram apuradas diferenças de entradas, bem como de saídas de mercadorias sem os devidos registros fiscais e contábeis, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, devendo ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, ou seja, a omissão de saídas (RICMS/97, art. 60, II, "a" e § 1º, c/c art. 13, inciso I, da Portaria 445/98), com a multa de 70%, que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas.

A infração 02, trata da falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de setembro, outubro e novembro de 1997, conforme xerocópias do livro RAICMS, fls. 30 a 32 dos autos.

O art. 116 do RICMS/97 prevê que no regime normal de apuração, o imposto a ser recolhido em relação às operações efetuadas, será apurado no último dia de cada mês com base nos elementos constantes da escrituração fiscal da empresa, Livros Registro de Saídas, Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, servindo este último livro para a transcrição em síntese dos lançamentos dos dois livros anteriores, e especificação dos débitos fiscais, inexistindo dúvida quanto aos valores apurados no Auto de Infração. Assim, tendo em vista que não restou provado o recolhimento do imposto escriturado pelo contribuinte, considero subsistente a exigência fiscal.

A infração 03 trata da utilização indevida de créditos fiscais de ICMS referentes às aquisições de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com a não incidência do imposto, conforme demonstrativo de fl. 38 e respectivas notas fiscais comprobatórias das aquisições das mercadorias, fls. 39 a 52, além das xerocópias do livro Registro de Entradas onde foram lançados os créditos fiscais.

O RICMS/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê no art. 91, reconhecimento do direito do contribuinte utilizar crédito para efeito de compensação do débito do imposto, chegando-se à conclusão de que o uso do crédito fiscal depende de serem cumpridas regras estabelecidas na legislação, dentre elas, as operações subsequentes serem tributadas, o que não foi comprovado pelo contribuinte. Considero procedente a exigência do imposto neste item.

A infração 04, se refere à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, de acordo com o demonstrativo de fl. 33 e xerocópia da Nota Fiscal de nº 575, fl.34, constando destaque do imposto. Entretanto, na escrituração fiscal verificada no Registro de Saídas, a mencionada nota fiscal foi lançada na coluna referente a operações sem débito do imposto.

Na impugnação do autuado não foi apresentada qualquer comprovação contrária ao levantamento fiscal referente aos itens 03 e 04, apesar do argumento defensivo de que não foram observados os princípios do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, a legislação assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, através de defesa, que deve ser aduzida por escrito e acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações.

No presente PAF, se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e os documentos estão de posse do requerente, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada aos autos. Assim, entendo que são procedentes as infrações apontadas.

O defendant contestou também as multas aplicadas, comentando sobre a cobrança da taxa SELIC, argumentando que a taxa de juros flexível e flutuante, conforme as oscilações de mercado é uma aberração, e assim pede que seja declarada a impossibilidade da cobrança da taxa SELIC e procedido um novo cálculo para se determinar o montante efetivamente devido.

Observo que as multas aplicadas estão de acordo com o previsto na Lei nº 7.014/96. Portanto, estão corretos os percentuais indicados na autuação fiscal, e não se inclui na competência desta JJF, a declaração de constitucionalidade de lei ou dispositivo regulamentar, conforme art. 167 do RPAF/99, haja vista que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Entendo que estão caracterizadas as infrações apuradas, sendo devido o imposto exigido, haja vista que não foram apresentados elementos para contrapor o levantamento fiscal, e a fiscalização foi efetuada de acordo com a legislação em vigor e com base nos documentos fiscais fornecidos pelo contribuinte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 233055.1101/01-8, lavrado contra **FOTOFLASH COMÉRCIO E SERVIÇOS FOTOGRÁFICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.566,60**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$6.059,45, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, 50% sobre R\$4.257,13, prevista no art. 42, inciso I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e 60% sobre R\$250,02, prevista no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de janeiro de 2002.

FERNANDO ANTÔNIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR - JULGADOR