

A. I. Nº - 019803.0024/01-0  
AUTUADO - M A DOS SANTOS DE ILHÉUS  
AUTUANTE - LUCIENE MENDES DA SILVA PIRES  
ORIGEM - INFAS ILHÉUS  
INTERNET - 06/08/2003

**3<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0282-03/03**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Reduzido o valor originariamente cobrado, em função da empresa estar enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do Imposto (SIMBAHIA), no exercício de 1999. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração caracterizada. Rejeitada as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão não unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração de 27/12/2001, exige ICMS no valor de R\$11.259,18, e multa de 10 UPF/BA, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, referente aos anos de 1998 e de 1999, no valor total de R\$11.259,18.
2. Extraviou Documentos Fiscais. Conforme declaração em anexo, foi extraviado (02) dois talões de Notas Fiscais D1 de nºs 01 a 50 e de 51 a 100 referentes ao exercício de 1998. Multa 10 UPF/BA.

O autuado ingressa com defesa, fls. 705/721, e em preliminar contesta os percentuais da penalidade que montam índices acima de 100% sobre o valor do imposto, denominando-a de confisco tributário ou agiotagem tributária. Aduz que o tamanho da pena é diretamente proporcional ao prejuízo sofrido, e a que foi aplicada não passa de uma pena confiscatória. Traz à colação o entendimento de consagrados juristas do Direito Tributário e argumenta que a Câmara dos Deputados aprovou a Lei nº 9.298/96, limitando as multas no comércio a patamares nunca superiores a 2%, compatíveis com os índices de inflação existentes no país, que estão abaixo de 1% ao mês. Caso venha a suplicante sucumbir na presente demanda, pede a redução dos percentuais totais da penalidade a juros de 1% ao mês, mais correção monetária pela variação da UFIR. No mérito, aduz que o levantamento, procedido pela auditora, padece de nulidade absoluta, eis que lastreado em notas fiscais de compras requisitadas no CFAMT, e que está a se exigir que se traga aos autos prova de fato negativo. Diz que é totalmente impossível apresentar provas de que as notas fiscais, objeto da autuação, não se referem às mercadorias

adquiridas, sendo imperioso que a auditora trouxesse a aludida prova de seu alegado, sob pena de ser improcedente a acusação. Ressalta que fraudadores de plantão lançam mão de registros cadastrais de contribuintes em dia com o fisco, como é o caso do autuado, para o transporte de mercadorias ilegal. Além do mais, a fiscal autuante não carreia para os autos um só elemento de prova, de que tais mercadorias foram adquiridas pela suplicante, pois não há nem mesmo a assinatura do acusado, nos canhotos das aludidas notas. Diz que a falta do compromisso com a prova do alegado e a ampla defesa dentro do contraditório pleno, fica estampado quando a auditora diz expressamente: Presunção de saídas de mercadorias anteriores. Deste modo, que o Auto de Infração não pode ser lavrado com base em presunções mas em fatos alegados e provados (CF, artº 5, LV). Discorre que o ato administrativo é vinculado e regrado, e que obedece a certos requisitos, sem os quais padecerá de nulidade insanável. Com relação aos talões da série D, infração 2, diz que os mesmos encontram-se no escritório do contador, à disposição do autuante. Requer seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 724/725, e esclarece que o contribuinte não apresentou à fiscalização, diversas notas fiscais de entradas de mercadorias, embora tais notas estivessem registradas no sistema CFAMT. Deste modo, que não merece fé a alegação do autuado de que não adquiriu tais mercadorias. Também foi constatado que a quantidade de notas fiscais de saídas emitidas, estava incompatível com as entradas de mercadorias e a atividade da empresa (supermercado), que possui alta rotatividade de estoques. Opina pela manutenção do Auto de Infração.

O presente processo retornou à INFRAZ de origem para que o autuante procedesse à revisão do trabalho fiscal, adotando os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário. Em atendimento ao solicitado, o autuante apurou os créditos fiscais do que resultou o ICMS devido em 1998 em R\$1.044,63 e em 1999 em R\$1.979,94.

O autuado após ser cientificado da concessão dos créditos fiscais, manifesta-se às fls. 739/740, e inconformado com a revisão procedida, aduz que esta não pode prosperar pois “antes da aludida revisão a mesma lavrou o Auto de Infração nº 019803.0021/03-8, apenso, com a mesma acusação e valores iguais.” Também que não é de se admitir que o autuado seja compelido a pagar um crédito tributário em triplicidade, a dizer, mediante o Auto de Infração 019803.0024/01-0; o de número 019803.0021/03-8 e agora a revisão fiscal datada de 02.06.2003. Diz que a superposição de acusações fulmina de nulidade absoluta as três peças acusatórias, uma vez que os dois Autos de Infração estão pendentes de julgamento nesse CONSEF. A final requer seja julgado totalmente improcedente a revisão fiscal acima anunciada, eis que dois Autos de Infração, versando sobre a mesma acusação e períodos iguais, encontram-se aguardando julgamento nesse CONSEF.

#### VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas pelo sujeito passivo, haja vista que as infrações estão perfeitamente descritas, foram mencionados os dispositivos legais infringidos e os das multas que previstas na Lei nº 7.014/96, e as cópias das notas fiscais capturadas pelo CFAMT encontram-se nos autos, das quais o contribuinte teve acesso, preservando-se assim a ampla defesa e o contraditório, princípios que norteiam o processo administrativo fiscal.

Ressalto que não se inclue na competência deste órgão julgador a apreciação de constitucionalidade ou de ilegalidade de leis ou atos normativos, consoante o disposto no art. 167, I do RPAF/99.

Quanto à alegada existência de autuação em “triplicidade”, verifico que o autuado equivocou-se em sua afirmação, pois somente tem existência no âmbito da Secretaria da Fazenda Estadual, o presente Auto de Infração. O suposto AI nº 019803.0021/03-8, na realidade, trata-se de mero formulário que foi utilizado pelo autuante, conforme cópia às fls. 741/743, para indicação dos valores de ICMS devido após a concessão dos créditos fiscais, conforme a Orientação Normativa nº 01/2002, não tendo sido registrado na Inspetoria de origem. Observe-se que nem mesmo possui a assinatura do autuante, e seu preenchimento foi feito apenas para fins internos, não sendo válido como peça de lançamento tributário. A revisão fiscal efetuada faz parte deste processo administrativo, e serviu para atender às disposições da Orientação Normativa nº 01/2002, que dispõe sobre a concessão de créditos fiscais, o que beneficia o contribuinte.

No mérito, o Auto de Infração, em lide, foi lavrado para exigir o ICMS que deixou de ser recolhido, apurado em levantamento quantitativo de estoques em exercícios fechados, relativos aos anos de 1998 e de 1999, realizado em empresa que atua no ramo de supermercados, conforme indicado na primeira infração. Também remete, na segunda infração, à aplicação da multa pelo descumprimento de obrigação acessória, pois o contribuinte, extraviou documentos fiscais, especificamente, dois talões de Notas Fiscais série D-1, de nºs 01 a 50 e de 51 a 100, referentes ao exercício de 1998.

Quanto à primeira infração, a diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível.

O autuado nega o recebimento das mercadorias, cujas notas fiscais de aquisições foram capturadas através do CFAMT, e encontram-se apenas ao PAF, fls. 418/447 e 450/701.

Alega ainda a impossibilidade de o sujeito passivo constituir prova negativa, além de que, o autuante não teria juntado, aos autos, os canhotos com os recibimentos das mercadorias pelo autuado.

Entendo que estas alegações não encontram amparo, pois os documentos fiscais foram emitidos para o contribuinte, e não há prova efetiva de que, este, não adquiriu as mercadorias neles constantes. Outrossim, não compete ao fisco a prova dos recibimentos das mercadorias, pois as notas fiscais, por si só, constituem prova suficiente das operações de circulação de mercadorias, indicam como destinatário o contribuinte autuado, e são suficientes para a formação do convencimento desta julgadora, de que as mercadorias, efetivamente, destinaram-se ao acusado.

Verifico que dentre os fornecedores, há conceituadas e grandes empresas, tais como Refino de Óleo Brasil, União Comércio Importação e Exportação Ltda., Martins, Indústrias Andrade Latorre S.A, Dori Alimentos, e em nenhum momento, o autuado prova que a emissão dos documentos fiscais teria sido fraudulenta.

Ademais, o fisco produziu a prova relativa ao fato indiciário, ao promover a juntada das notas fiscais do CFAMT, aos autos, no qual se funda a presunção legal de recebimento das mercadorias, e o contribuinte não levantou qualquer objeção concreta e específica quanto aos documentos fiscais ora em comento.

Não obstante os argumentos acima expendidos, há que se verificar a base de cálculo que foi aplicada para o ICMS relativo a cada exercício, apurado neste lançamento. Assim, no ano de 1998, o contribuinte estava inscrito no cadastro estadual como empresa sujeita ao pagamento do

imposto sob o regime normal de ICMS (débito/crédito), e neste caso, já teria utilizado o crédito fiscal nas aquisições de mercadorias, incidindo sobre as operações de saídas as alíquotas previstas na legislação (7%, 17%, 25%). Não há portanto aplicação da Orientação Normativa 01/2002, prevista apenas para as empresas enquadradas no regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA). Neste caso deve ser mantido o valor do ICMS originariamente exigido, de R\$ 4.037,43.

Contudo, no que concerne ao exercício de 1999, o autuado era optante do SIMBAHIA, desde 21/12/1998, na condição de Empresa de Pequeno Porte, e conforme o entendimento que este Conselho de Fazenda Estadual vem adotando, para as infrações detectadas através de levantamento quantitativo de estoques, por contribuintes optantes do SIMBAHIA, somente a partir de 1º de novembro de 2000, é que foram consideradas de natureza grave, o que autoriza a perda do direito à adoção do tratamento tributário previsto no SIMBAHIA, e a aplicação da alíquota de 17% sobre o valor detectado na omissão de saídas de mercadorias.

No caso em tela, no exercício de 1999, como o autuado encontrava-se como Empresa de Pequeno Porte, na faixa prevista no art. 387-A, inciso IV, e foi detectado, que a omissão de saídas de mercadorias foi no valor de R\$74.909,56, conforme o levantamento fiscal acostado à fl. 211 do PAF, incide a alíquota de 3,5%, o que resulta o ICMS de R\$2.621,83.

Quanto à segunda infração, o contribuinte, por ocasião da defesa, momento processual oportuno para a apresentação dos talonários fiscais, que diz ter encontrado, não os apresentou, razão porque mantendo a aplicação da penalidade de 10 UPFs pelo descumprimento desta obrigação acessória.

Ademais, preconiza o art. 141 do RPAF/99, que se qualquer as partes aceitar fato contra ele invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 019803.0024/01-0, lavrado contra **M A DOS SANTOS DE ILHÉUS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.659,26**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, e da multa de **10 UPF/BA**, prevista no art. 42, inciso XIX, da Lei nº 7.014/96.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 2, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

**VOTOS VENCEDORES:** Julgadores (as) Luis Roberto de Sousa Gouvea e Teresa Cristina Dias Carvalho.

**VOTO VENCIDO** – Julgadora Denise Mara Andrade Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR