

**PROCESSO** - A. I. Nº 206830.0009/03-8  
**RECORRENTE** - MERCADÃO DE MÓVEIS SANTO ANTONIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0006-03/04  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTONIO DE JESUS  
**INTERNET** - 25.11.2004

## **2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO CJF Nº 0315-12/04**

**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. Foram efetuados ajustes no levantamento fiscal, através de revisão da ASTEC, reduzindo-se o montante da autuação. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS POR ATACADO REALIZADAS À CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NESTE ESTADO. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. 3. SIMBAHIA. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infração não comprovada. Aplicada, de ofício, multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 42. inc. XXII, da Lei nº 7.014/96. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

MERCADÃO DE MÓVEIS SANTO ANTONIO LTDA., por meio de seus advogados, interpôs Recurso Voluntário contra a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal, pelas razões fáticas e jurídicas a seguir delineadas.

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/09/2003, onde são imputadas as seguintes infrações ao contribuinte:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, em exercício fechado (2001) – R\$4.407,47;
2. Falta de retenção e conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas por atacado realizadas para contribuintes não inscritos localizados neste Estado – R\$986,96;
3. Falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), referente ao período de abril a julho de 2002 – R\$1.840,00.

O relator da Junta de Julgamento Fiscal, ao proferir a Decisão de 1ª instância, externou a seguinte fundamentação:

*“O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de irregularidade fiscal constatada em levantamento quantitativo de estoques (infração 1), por falta de retenção e conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas por atacado realizadas para contribuintes não inscritos localizados neste Estado (infração 2) e por falta de recolhimento do imposto, nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS (infração 3).*

*O autuado impugnou a infração 1, sob o argumento de que o autuante teria deixado de computar as notas fiscais de saídas, série D-1, n.ºs 949 a 997, não obstante ter reconhecido uma omissão de saídas de mercadorias com débito no valor de R\$664,16, o qual foi pago por meio do DAE acostado à fl. 164 dos autos.*

*Entretanto, as alegações do contribuinte não podem ser acatadas, uma vez que não foram acostadas aos autos fotocópias dos documentos fiscais que teriam sido desconsiderados pelo preposto fiscal. Ademais, o autuante informou que: a) ao proceder ao levantamento fiscal, verificou que o autuado somente havia emitido notas fiscais série D-1 até a de n.º 950; b) na DME, referente ao exercício de 2001, tais documentos fiscais não foram incluídos; e c) ao examinar o demonstrativo elaborado pelo sujeito passivo, constatou que as quantidades neles indicadas são incompatíveis com vendas a consumidor final, sugerindo a ocorrência de falta de pagamento do ICMS, por substituição tributária, caso fosse verdadeira a alegação do contribuinte.*

*Pelo exposto, entendo que está caracterizada a infração, haja vista que a simples alegação do autuado, por carecer de comprovação, não pode ser aceita, nos termos dos artigos 142 e 143, do RPAF/99.*

*Quanto à infração 2, o sujeito passivo alegou que as saídas, consideradas pelo autuante como vendas por atacado a contribuintes não inscritos, seriam, na realidade, saldos de estoque que, em muitos casos, se referiam a mercadorias deterioradas e, ainda, assegurou que as notas fiscais foram emitidas apenas para “zerar” o estoque, em razão da baixa na inscrição do estabelecimento.*

*Tais alegações, além de desprovidas de provas, não têm o condão de desconstituir a infração apontada, uma vez que as quantidades saídas, pelo volume constante nas notas fiscais, caracterizam vendas realizadas a contribuintes não inscritos. Mantenho a autuação.*

*Relativamente à infração 3, o autuado assegurou que seu estabelecimento só funcionou até dezembro de 2001, “conforme cópia da última nota fiscal emitida e da seguinte em branco”. Ocorre que as fotocópias dos dois documentos anexados não provam o encerramento das atividades do estabelecimento e, além disso, o próprio contribuinte realizou o pagamento do ICMS referente aos meses de janeiro a março de 2002, quando supostamente o estabelecimento estava desativado, sem se dar ao trabalho de providenciar a comunicação, à repartição fazendária, de que havia encerrado as suas atividades comerciais. Considero correta a ação fiscal.*

*Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, homologando-se o valor efetivamente recolhido.”*

O contribuinte, inconformado com essa Decisão postula que a mesma seja reformada pelos fatos e fundamentos a seguir apresentados.

INFRAÇÃO 1: A Decisão atacada manteve a procedência desta infração sob os fundamentos de que não foram acostadas fotocópias dos documentos fiscais aos autos que teriam sido desconsiderados pelo preposto fiscal bem como que, “*na DME, referente ao exercício de 2001, tais documentos fiscais não foram incluídos*” e que as quantidades indicadas no demonstrativo juntado na impugnação inicial são incompatíveis com venda a consumidor final, “*sugerindo a ocorrência de falta de pagamento do ICMS, por substituição tributária, caso fosse verdadeira a alegação do contribuinte*”. O autuado, de plano, junta aos autos as fotocópias das referidas Notas Fiscais que não foram incluídas no levantamento de estoque.

Quanto às quantidades de produtos existentes nas citadas Notas Fiscais, as mesmas não são “*incompatíveis com vendas a consumidor final*”, nem podem “*sugerir a ocorrência de falta de pagamento do ICMS, por substituição tributária*”, já que vigora no Direito Tributário pátrio, o princípio da estrita legalidade, segundo o qual só a lei pode determinar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Resta clara, portanto, a total insubsistência da presente infração, seja pelos documentos anexados, seja pela impossibilidade jurídica de tributar-se por presunção.

INFRAÇÃO 2: Fora mantida sob o fundamento de que as quantidades de saídas, pelos volumes constantes nas notas fiscais, caracterizam vendas realizadas a contribuintes não inscritos. Reiteram-se aqui, os argumentos defensivos, acerca da impossibilidade de tributar-se por presunção. A mera quantidade dos produtos, não tem o condão de representar ocorrência do fato gerador da obrigação tributária. Além disso, “*ad argumentandum tantum*”, as quantidades são perfeitamente compatíveis com os argumentos defensivos. Improcedente, portanto, a presente infração.

INFRAÇÃO 3: Refere-se ao fato de o contribuinte ter realizado o pagamento do ICMS referente aos meses de janeiro a março de 2002, quando supostamente o estabelecimento estava desativado, sem se dar ao trabalho de providenciar a comunicação, à repartição fazendária, de que havia encerrado as suas atividades comerciais. O fato de o autuado não ter comunicado ao Fisco, o encerramento de suas atividades comerciais, representa, se houver previsão legal, um mero descumprimento de obrigação acessória, passível, se for o caso, de uma penalidade fixa. Jamais uma “*falta de comunicação*” pode representar fato gerador do ICMS.

Ao final formulou pedido para que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, aduzindo provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidos, durante a instrução, inclusive em contra-prova; revisão de fiscalização por preposto diverso do autuante; oitiva de testemunhas, tudo ex-vi do inciso LV do art. 5º da CF de 1988.

Distribuído o processo para esta 2ª Câmara de Julgamento Fiscal foi determinada pelo colegiado a realização de diligência pela ASTEC/CONSEF. No pedido de revisão foi mencionado que o recorrente juntou à petição recursal cópias de notas fiscais de venda a consumidor, às fls. 201 a 252 dos autos e que, considerando que o sujeito passivo apresentou ao julgador de 1ª Instância novo levantamento de estoques contestando os números da autuação, inclusive reconhecendo parte do débito e efetuando o recolhimento do ICMS, foi deliberado que os autos fossem encaminhados para a revisão fiscal para que auditor estranho ao feito se manifestasse sobre a pertinência dos documentos juntados pelo recorrente, elaborando novos demonstrativos acaso fossem acatadas as provas, no todo ou em parte.

A ASTEC se manifestou no processo, elaborando novos demonstrativos com base nas notas fiscais juntadas pelo recorrente, sendo que após a diligência efetuada o valor original do débito, do item 1, que era R\$ 4.407,47, reduziu para R\$ 727,62.

Cientificados autuante e autuado da revisão fiscal não se manifestaram no processo.

Remetidos os autos para a Procuradoria Estadual foi historiado pela representante daquele órgão que no presente Recurso Voluntário o contribuinte volta a requerer que sejam consideradas, em relação à infração 1, as notas fiscais série D-1, que foram apontadas desde a defesa. Neste Recurso Voluntário, o autuado apresenta as referidas notas, o que levou a Procuradoria a decidir pelo pedido de diligência a ASTEC o qual foi aceito pela ilustre CJF. Que a Decisão acima, proferida pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, não considerou as alegações do autuado quanto à emissão das Notas Fiscais série D-1, de nº 951 a 997.

Ante todo o exposto e após a análise das razões recursais e da conclusão da diligência efetuada, opinou a representante da PGE/PROFIS pelo Provimento do Recurso Voluntário, tendo em vista as seguintes considerações:

1. Foi apresentada pelo autuado, a comprovação de emissão das Notas Fiscais nºs 951 a 997, e devidamente registradas no Livro de Saídas;
2. A diligência realizada verificou e constatou os dados citados no item anterior, tendo sido elaborado um novo Demonstrativo de Débito com base nesta nova informação.

Ao final opinou-se pelo Provimento do Recurso Voluntário.

#### **VOTO**

Quanto ao item 1 da autuação acato integralmente o Parecer da ASTEC, que ao revisar o levantamento quantitativo, incluiu notas fiscais de venda a consumidor não consideradas pelo autuante na composição das saídas promovidas pela empresa. Instados a se manifestar no processo após a revisão fiscal, autuante e autuado não contestaram os resultados da diligência fiscal, o que demonstra o acerto do procedimento. Assim, o valor do débito do item 1 da autuação que era de R\$ 4.407,47 passa para R\$ 727,62. O autuado, reconhecendo parte da autuação, por omissão de saídas de mercadorias, recolheu a quantia de R\$ 664,16, através de DAE anexado à fl. 164 dos autos.

Quanto ao item 2 constato a partir da leitura das notas fiscais anexadas ao processo que as quantidades saídas caracterizam vendas a contribuintes não inscritos, pois o volume de mercadorias revela o intuito comercial das operações. Nos documentos fiscais anexados ao PAF verificamos a comercialização das quantidades a seguir exemplificadas: 60 colchões, 15 estantes, 7 fogões, 10 mesas, 14 camas, 3 guarda-roupas etc. É expressiva a quantidade de colchões vendidos a pessoas físicas, conforme se pode verificar nos documentos fiscais inseridos às fls. 10 a 18 dos autos, revelando o intuito comercial das operações. Logo, aplica-se ao caso, a norma do “caput” do art. 5º da Lei nº 7.014/96 que prescreve que contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadorias ou prestações de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal ou de comunicação. Este item da autuação é procedente, pois o autuado deveria efetuar a retenção do ICMS nas vendas a contribuintes não inscritos.

Com relação à infração 3, verifico que não se encontra sobejamente provado no processo que a empresa praticou atos de comércio no período autuado, ou seja, entre abril e julho de 2002. O fato da mesma não ter requerido a baixa de sua inscrição estadual não evidencia a ocorrência de fatos geradores do ICMS no período em questão. Logo, descabe a autuação neste item, por falta de prova da materialidade da infração. Todavia, constato que o contribuinte deveria ter comunicado à inspetoria fazendária a sua condição de empresa desativada, além de requerer a sua exclusão do cadastro do ICMS. Houve, portanto, descumprimento de obrigação acessória, e aplico, ao caso, a

multa prevista no art. 42, inciso XXII, da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória. Modifico, portanto, a Decisão de 1ª Instância em relação a este item.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206830.0009/03-8**, lavrado contra **MERCADÃO DE MÓVEIS SANTO ANTONIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.714,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$986,96 e 70% sobre R\$727,62, previstas no art. 42, II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de outubro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS