

A. I. N° - 207160.0014/03-7
AUTUADO - REXEL DISTRIBUIÇÃO LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO CARLOS DE SANTANA
ORIGEM - INFAS BONOCÔ
INTERNET - 27. 09. 2005

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0336-04/05

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. O CONSEF já firmou o entendimento de que a multa deve ser aplicada por Auto de Infração lavrado, independente da quantidade de exercício. Infração parcialmente caracterizada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração parcialmente caracterizada. **c)** ENTRADA DE MERCADORIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatando-se diferença de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, se a mercadoria já saiu sem tributação, deve-se exigir o imposto do adquirente, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário por ter adquirido de terceiro mercadoria desacompanhada de documentação fiscal, bem como do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. Descabimento da penalidade aplicada por ter adquirido mercadoria desacompanhada de documento fiscal. **d)** FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIA CUJAS SAÍDAS SÃO ISENTAS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO O MENOS. Infrações reconhecidas pelo sujeito passivo. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de constitucionalidade. Rejeitadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/12/2003, exige ICMS e aplica multa no valor total de R\$1.065.309,28, em razão das seguintes irregularidades:

- 1- Multa no valor de R\$ 40,00, referente a operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque relativo ao ano de 2001.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor R\$202.403,79, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque pro espécie de mercadorias em exercício fechado de 2000.
- 3- Falta de recolhimento do ICMS, no valor R\$47.520,80, 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 entradas - 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 de 2001.
- 4- Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$531.888,67, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2000, 2001.
- 5- Falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária no valor de R\$278.336,49, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária relativo ao ano 2000 e 2001.
- 6- Multa percentual sobre o imposto, no valor de R\$71,28, que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhas de documentação fiscal e sem a respectiva escrituração, decorrente de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado com saída posterior tributada normalmente.
- 7- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no montante de R\$ 4.791,27, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.
- 8- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 256,98 ,na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

O autuado, fls. 392 a 439, impugnou parcialmente o lançamento tributário, inicialmente informando que reconhece a procedência das infrações 7 e 8.

Em seguida, teceu comentários sobre ação fiscalizadora, transcreveu doutrina, cita o art. 142, do CTN e art. 5º, inciso LV, da CF/88, para concluir que a autuação sem prévia anuência do acusado é

absolutamente nula, pois cerceou o direito de defesa. Alega que, como a infração não foi cometida, como diz que provará, a imputação da multa a que se refere o citado artigo é também inaplicável ao caso. Requer a nulidade, também, por entender que a falta de intimações para esclarecimentos é causa de nulidade.

No mérito, aduz que a presunção é ilação que se tira de fato conhecido para provar existência de outro fato desconhecido. Frisa que a única informação utilizada pela fiscalização foi extraída do sistema de processamento de dados (Convênio 57/95), que foi escrutinado erroneamente, uma vez que não houve segregação da quantidade de mercadorias por código de produto. Caso tivesse analisado a escrita contábil e fiscal do autuado, concluiria que não houve omissão de receitas, mas erro na preparação das informações lançadas no sistema. Diz que a fiscalização não considerou, por exemplo: “notas fiscais de entradas e saídas; livro de Registro de Inventário; controle de estoques; contabilidade (conta de fornecedores); livro diário; depósito bancários etc.”

Em relação a multa, argumenta que o percentual no patamar de 70% e 60% sobre o valor do pretenso tributo configura-se um verdadeiro abuso do poder fiscal, na exata medida em que seu montante é excessivo e despropositado, transcrevendo doutrina, o art. 150, IV, da CF, art. 113 do CTN jurisprudência de outros tribunais, para embasa seu entendimento de que a multa é confiscatória. Diz que a cobrança concomitante de multa e juros de mora caracteriza “*bis in idem*”. Aduz que é impossível de ser aplicada a taxa SELIC como taxa de juros, tecendo comentários sobre as espécies de juros, sendo um afronta ao princípio da legalidade, transcrevendo o art. 150, I, do CF/88 e doutrina sobre o tema.

Ao finalizar, requer a improcedência do Auto de Infração, em relação as infração de 01 a 05.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 700 a 703, salienta que o PAF não apresenta qualquer ato que possa eivar-lo de vício, para que a preliminar de nulidade aduzida possa ser acolhida, pois a disposição do referido diploma legal, tiveram no referido PAF todos seus anseios atendidos, além do fato do autuado reconhecer parte da autuação.

Quanto ao aspecto da legislação tributária, o autuante, com base nos artigos 142 e 194 do CTN e 129 COTEB, diz que equivoca-se o autuado ao afirmar que não cabe ao autuado da aplicação, somente cabendo ao agente fiscal constatar e descrever a infração, fazendo relatório circunstanciado.

No tocante ao mérito, aduz que mantém os termos da autuação, tendo em vista o fato dos levantamentos fiscais estarem de acordo com os arquivos magnéticos que foram apresentados, pelo autuado, no curso do procedimento fiscal, também conforme arquivos enviados anteriormente. Saliento que se há alguma divergência entre os arquivos magnéticos apresentados e a realidade que seja apurada por fiscal estranho ao feito.

Ao finalizar, opina pela procedência da autuação.

À folha 712, o autuado requer a juntada da guia de recolhimento do ICMS, relativo ao reconhecimento parcial do Auto de Infração, bem como do substabelecimento.

Às folhas 719 a 727, ao se manifestar sobre a informação fiscal, o autuado reitera o reconhecimento de ter lançados dados errados nos arquivos enviados para Secretaria da Fazenda, programa SINTEGRA, não existindo as omissões apuradas pelo autuante.

Sustenta que a autuação é nula, por entender que as omissões de entrada e saídas de mercadorias devem ser comprovadas mediante uma investigação minuciosa, tendo em vista ainda a natureza criminal.

Quanto ao aspecto da legislação tributária alegada, reitera o argumento da necessidade prévia de uma notificação para que o contribuinte se manifeste sobre a suposta infração cometida, para garantir o direito constitucional da defesa do autuado.

Saliento que, em nenhum momento foi argumentado na defesa que a fiscalização trabalhou com documentos fiscais errôneos, mas que as diferenças identificadas, na leitura do arquivo magnético, decorrem de erros na escrituração da quantidade dos bens destinados à revenda nos estoques, por código do produto, como determina o Registro TIPO 54, do convênio ICMS nº 57/95. Assim, para demonstrar que os estoques físicos e contábeis batem com o livro de Registro de Inventário, informa que preparou planilha analítica reproduzindo os mesmos documentos lançados nos livros Registro de Estoque, considerando os respectivos códigos dos produtos, tendo requerido nova diligência.

Ao finalizar, protesta pela juntada posterior de documentos, bem como a sustentação oral quando do julgamento.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JJF decidido por sua conversão em diligência à INFRAZ/BONOCÔ, para que fosse atendido, por auditor fiscal estranho ao feito, o solicitado à fl. 736.

Às folhas 741 a 761, o autuado acostou aos autos o “DEMONSTRATIVOS DE CÁLCULOS DE OMISSÕES” dos exercícios de 2000 e 2001.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, à fl. 774 dos autos, ressalta ter intimado o autuado para regularizar seus arquivos magnéticos que gerou distorções com relação ao registro TIPO 54, especialmente nas Entradas de Mercadorias. Uma vez regularizados os arquivos magnéticos, foram os mesmos recepcionados dentro do programa SAFA, da Secretaria da Fazenda, resultando em novos Cálculos de Omissões, consequentemente, alterando os valores inicialmente encontrados, conforme planilhas que acostou às folhas 775 a 974.

Às folhas 979 e 980, o autuado em nova manifestação, aduz que em sua impugnação e recurso, a recorrente demonstrou cabalmente que os valores exigidos não estavam corretos, havendo erros na sua apuração. Tais demonstrações, levaram a nova diligência administrativa, na qual o Auto de Infração de R\$ 2.564.778,69 passou a ser de R\$ 148.204,07, isto porque o autuante não considerou a entrada de mercadoria no seu estabelecimento, fato este que ficou comprovado com a nova diligência realizada.

Reitera os termos de sua impugnação e requer, caso seja mantido o valor constante da nova diligência, lhe seja garantido o direito de recolhê-lo com a redução da multa, por se tratar de retificação de Auto Infração.

À folha 985, o autuado ratifica todas as informações prestadas através da diligência realizada, reafirmando ter contemplado as entradas às quais o contribuinte se refere e em razão da inserção das mesmas, encontrou o valor final do ICMS reclamado de R\$62.533,87, fora os acréscimos legais, conforme demonstrativo à folha 775 e seguintes.

VOTO

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança relativa a multa, taxa SELIC e juros de mora, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Também não pode ser acolhida a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a redução do valor do imposto reclamado não é causa para nulidade do auto, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Saliento que o autuado entregou cópia dos demonstrativos e levantamento, possibilitando o pleno direito de defesa. Ademais o PAF foi baixado em diligência, para que fossem revisados os levantamentos por fiscal estranho ao feito, tendo o autuado recebido cópia dos novos demonstrativos e, mais uma vez, o autuado exerceu, na plenitude o direito de ampla defesa.

Adentrando ao mérito, ressalto que o autuado reconheceu e recolheu o imposto devido nas infrações 7 e 8, razão pela, entendo que restaram caracterizadas.

As infrações de 01 a 06 foram apuradas mediante levantamento quantitativo de estoque, baseado nos dados informados pelo autuante mediante arquivos magnéticos (Convênio 57/95), na forma dos artigos 708-A e 708-B.

Em sua defesa o autuado sustentou que houve erros nos dados informados nos referidos arquivos, não tendo o autuante analisado as notas fiscais de entradas e saídas; o livro de Registro de Inventário; controle de estoque etc.

Entretanto, o autuante não acatou os argumentos defensivos, tendo sugerido a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, o que determinado em Pauta Suplementar.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, à fl. 774 dos autos, ressalta ter intimado o autuado para regularizar seus arquivos magnéticos que gerou distorções com relação ao registro TIPO 54, especialmente nas Entradas de Mercadorias. Uma vez regularizados os arquivos magnéticos, foram os mesmos recepcionados dentro do programa SAFA, da Secretaria da Fazenda, resultando em novos cálculos de omissões consequentemente, alterando os valores inicialmente encontrados, conforme planilhas que acostou às folhas 775 a 974.

Acolho o novo demonstrativo de débito apresentado pelo diligente, uma vez que encontra-se embasado nos levantamentos realizados com base nos novos arquivos magnéticos retificados e entregue pelo autuado. Ademais, o autuado recebeu cópia dos mesmos, não tendo apontado de forma objetiva nenhum erro ou falha.

Com base na explanação acima, considero parcialmente correto o procedimento do auditor autuante, estando caracterizadas em parte as infrações 1, 2 , 3, 4 e 5, sendo insubstancial a infração 06, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	DATA OCORR	ICMS DEVIDO	FLS. DO PAF
1	31/12/2001	40,00	786
2	31/12/2000	12.011,31	787 A 789
3	31/12/2001	14.781,46	870 A 872
4	31/12/2000	14.488,95	790 A 791
4	31/12/2001	10.983,47	873 A 875
5	31/12/2000	5.795,58	792 A 793
5	31/12/2001	4.393,39	876 A 878
6	-	0,00	
7	28/2/2000	4.791,27	203
8	31/3/2000	0,02	203
8	31/7/2000	251,54	203
8	30/9/2000	5,41	203
8	31/10/2000	0,01	203
TOTAL		67.542,41	

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$67.502,41, além da multa de R\$40,00, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO
1	PROCEDENTE
2	PROC.EM PARTE
3	PROC.EM PARTE
4	PROC.EM PARTE
5	PROC.EM PARTE
6	IMPROCEDENTE
7	PROCEDEMTE
8	PROCEDENTE

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207160.0014/03-7, lavrado contra **REXEL DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$67.502,41**, sendo R\$5.048,25, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$62.454,16, acrescido das multas de 70% sobre R\$52.265,19 e de 60% sobre R\$10.188,97, previstas no art. 42, III e II, “d”, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor **R\$40,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, devendo se homologado o valor já pago.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR