

A. I. N° - 279104.0003/05-0
AUTUADO - DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.
AUTUANTES - JOSÉ VICENTE NETO e JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE
ORIGEM - INFAZ S. FILHO
INTERNET - 07. 10. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0352-04/05

EMENTA: ICMS. a) LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigíveis. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Rejeitadas as preliminares de nulidade, não acolhidos os pedidos de perícias, de diligência. Não apreciada a arguição de inconstitucionalidade da utilização da taxa SELIC e da Substituição Tributária, em conformidade com o art. 167, I, do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 04/05/2005, exige ICMS, no valor de R\$ 106.189,68, em decorrência:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$86.086,79, 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 de 2003;
2. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, no valor de R\$20.102,89, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, sobre as mercadorias cujas saídas foram omitidas.

O autuado apresentou defesa, fls. 126/137, onde preliminarmente, alega que foi prejudicado o seu acesso aos relatórios de fiscalização, cerceando seu direito constitucional à ampla defesa, pois teria recebido tão-somente a terceira via do Auto de Infração em lide. Acrescenta que, não obstante o não recebimento dos relatórios que embasaram a autuação no momento da intimação, também não logrou êxito na obtenção na Inspeção de Simões Filho em decorrência da greve, requerendo a devolução do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

No mérito, argumenta que é comum entre as empresas de grande porte, como o autuado, o cometimento de erros na codificação das mercadorias que entram e saem de seu estoque, de modo que, por vezes, verifica-se a existência de saídas a maior de uma determinada espécie de produto em prejuízo de uma saída a menor de uma outra espécie de produto. Por outro lado, por não ter recebido os demonstrativos para conferência, requer a realização de perícia.

Em relação a infração 02, discorre a respeito da inconstitucionalidade e ilegalidade do regime de substituição tributária, transcrevendo o § 7º, do artigo 150 da Constituição Federal e doutrina.

No tocante a taxa SELIC, também discorre a respeito da inconstitucionalidade, transcrevendo o § 3º, do artigo 192 e 150, I, da Constituição Federal e trechos da decisão do Superior Tribunal de Justiça. Salienta que a mesma não foi criada por lei.

Ao final, requer a reabertura do prazo de defesa por 30 dias ou, caso assim não entenda, a improcedência da autuação e o cancelamento do Auto de Infração. Protesta, ainda pela produção de prova pericial, a ulterior juntada dos documentos e, mais uma vez, pela realização de diligência.

Na informação fiscal, fls. 163/166, os autuantes asseveram que o argumento defensivo de que não recebeu os demonstrativos, não condiz com a verdade. O autuado quando recebeu a via do Auto de Infração, recebeu também todos os relatórios que fazem parte do PAF, como demonstram as assinaturas do representante da empresa do recebimento das cópias dos mesmos, como pode ser observado:

- Infração 01: fl. 03, demonstrativo de débito; fl. 14 a declaração do recebimento, por meio eletrônico das planilhas das omissões em Access; fl. 15 a 22, demonstrativo do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias; fls. 23 a 33 relação dos produtos inventariados; fls. 34 a 35 levantamento dos preços médio entradas; fls. 36 a 42, levantamento preços médio saídas; fls. 43 e 44 a relação de notas fiscais de entradas-omissão entradas; fls. 45 e 46 da relação de notas fiscais entradas-omissão saídas; fls. 47 e 48 relação notas fiscais saídas – omissão entradas; fls. 49 e 50 relação notas fiscais de saídas – omissão de saídas.
- Infração 02: fls. 52 a 55, planilha do demonstrativo de apuração.

Em relação ao mérito, no tocante a infração 01, diz que após a elaboração do levantamento quantitativo por espécie de mercadorias dos exercícios de 2003, ficou constatado que o autuado efetuou entradas e saídas de mercadorias sem documentação fiscal, conforme fl. 22, do PAF, sendo que a omissão de saídas foi o valor de maior expressão monetária.

Ressalta que a defesa, embora tenha alegado erro da codificação dos produtos, não apresentou qualquer prova. Salienta que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme determina o art. 143, do RPAF.

Quanto a infração 02, destaca que o autuado não contesta o demonstrativo apresentado como também seu valor, apenas alega a inconstitucionalidade da substituição tributária.

Quanto ao pedido de inconstitucionalidade da taxa SELIC e do regime de substituição tributária, transcreveu o art. 167, do RPAF, segundo o qual não se incluem na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

Relativamente ao pedido de diligência, acham que deve ser negado, já que não houve fundamentação, como exigido pelo art. 145, do RPAF.

Ao finalizar, opinam pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de Auditoria de Estoque, no exercício de 2003 (infração 01) e por deixar de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, sobre as mercadorias cujas saídas foram omitidas (infração 02).

Em relação a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em relação às infrações 01 e 02, sob a alegação de que não recebeu os demonstrativos que embasaram o Auto de Infração, o mesmo não pode ser acolhido, uma vez que consta nos autos do PAF o comprovante de que o autuado recebeu toda documentação acostada ao processo, mediante recibo, devidamente assinados às folhas:

- Infração 01: fl. 03, demonstrativo de débito; fl. 14, a declaração do recebimento, por meio eletrônico das planilhas das omissões em Access; fl. 15 a 22, demonstrativo do levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias; fls. 23 a 33, relação dos produtos inventariados; fls. 34 a 35 levantamento dos preços médio entradas; fls. 36 a 42, levantamento preços médio saídas; fls. 43 e 44, a relação de notas fiscais de entradas-omissão entradas; fls. 45 e 46 da relação de notas fiscais entradas-omissão saídas; fls. 47 e 48, relação notas fiscais saídas – omissão entradas; fls. 49 e 50, relação notas fiscais de saídas – omissão de saídas.
- Infração 02: fls. 52 a 55, planilha do demonstrativo de apuração.

Assim, não resta dúvida de que o autuado recebeu todos os demonstrativos que embasaram a constituição do crédito tributário ora em lide, possibilitando seu amplo direito de defesa. Logo, afasto o pedido de nulidade por não observar qualquer erro ou vício que possa decretar a mesma, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Sobre o pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, em relação às infrações 01 e 02, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide. Indefiro, ainda, o pedido de perícia com fulcro no art. 147, II, “b”, também do RPAF/99, por entender ser desnecessário em vista das provas acostados aos autos que embasaram a autuação.

No tocante a infração 01, o autuado se limitou a alegar que não recebeu os demonstrativos, requerendo a nulidade, perícia e diligência, fatos já analisados acima. Conforme pronunciado acima, ao analisar o pedido de nulidade, o autuado recebeu todos os demonstrativos, não tendo apontado nenhum erro ou falha nos relatórios acostado aos autos. Logo, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Quanto à infração 02, o autuado diz ser inconstitucional, sem apontar qualquer tipo de erro no levantamento elaborado na ação fiscal. Como bem observou o autuante na informação fiscal, o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Logo, entendo que a infração em tela deve ser mantida.

Ressalto, ainda, em relação às infrações 01 e 02, que o art. 123, do RPAF/99, assegura 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, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Em relação à inconstitucionalidade da taxa SELIC, mais uma vez, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Por sua vez, a jurisprudência consolidada deste Órgão Julgador é no sentido de que a mesma é devida, pois a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do 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 **279104.0003/05-0**, lavrado contra **DAIRY PARTNERS AMÉRICAS BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$106.189,68**, acrescido das multas de 70% sobre R\$86.086,79 e de 60% R\$20.102,89, previstas no artigo 42, III e II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de setembro de 2005.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR