

A. I. Nº - 102104.0044/05-8
AUTUADO - FERRAMENTAS GERAIS MÁQUINAS E MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA. (REXEL
DISTRIBUIÇÃO LTDA.)
AUTUANTE - HELIANA GUIMARAES DINIZ
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 23. 03. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0071-04/06

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. A omissão de saídas por si só configura a ocorrência do fato gerador, pois a saída constitui o elemento temporal da norma jurídica que define o fato tributável. Por outro lado, a falta de contabilização de entradas de mercadorias, conforme presunção autorizada por lei, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os respectivos pagamentos com recursos decorrentes de operações de vendas anteriores também não contabilizadas. b) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO. Multa por descumprimento de obrigação acessória. A multa deve ser aplicada pela infração em si, considerando-se uma única ocorrência, independente da quantidade envolvidas no procedimento fiscal. Infração parcialmente subsistente. 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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 23/12/2005, exige ICMS e aplica multa no valor total de R\$155.293,64, em razão das seguintes irregularidades:

1- Falta de recolhimento do ICMS, no valor R\$5.139,09, relativo a operações de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício

fechado de 2003, levando-se em conta para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis.

2- Multa no valor de R\$ 100,00, 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 2002 e 2003.

3- Falta de recolhimento do ICMS, no valor R\$135.054,07, 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 2002.

4- Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$15.000,48, 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 2002.

O autuado, fls. 189/207, impugnou o lançamento tributário, inicialmente tecendo 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 e diz que o ônus da prova é do fisco.

No mérito, aduz que as diferenças de estoques apuradas pela fiscalização decorreram do tipo de controle utilizados para registrar as entradas e as saídas pelo autuando, onde se pode constar que os documentos de entradas foram lançados de forma sintética pelo total de produtos, ou seja, na entrada de mercadoria, o sistema do autuado não separou por código do produto, mas registrou integralmente a quantidade adquirida num único código do produto.

Em relação a multa, argumenta que o percentual no patamar de 70% sobre o valor do 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 e 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*”.

Ao finalizar, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, e ainda que não seja aplicada multa e juros.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 398/399, salienta que o PAF não apresenta qualquer ato para que a preliminar de nulidade aduzida possa ser acolhida, pois as razões alegadas pelo autuando não encontram-se prevista no RPAF.

No tocante ao mérito, aduz que não procede a alegação do autuado de que “os documentos foram lançados de forma sintética pelo total de produtos, ou seja, na entrada foram lançados de forma sintética pelo total de produtos.” Diz que testou os registros 75 do SINTEGRA tanto nas operações de entrada quanto nas operações de saída e não localizou registros sem descrição no registro 75 por hiato de datas ou falta de códigos, ou seja, todos os produtos constantes nas notas fiscais de entrada e de saída (registro 54) constam do elenco de cadastros no registros 75. Logo, se o cadastramento está correto não há porque se alegar incorreções no lançamento.

Salienta que se é fato que os arquivos do registro SINTEGRA estão distorcidos da realidade por terem sido lançados de forma sintética, cabe ao contribuinte identificar as distorções, item a item, comprovando que agiu corretamente.

Ao finalizar, opina pela procedência da autuação.

VOTO

Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade à cobrança relativa a multa 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 o procedimento da autuante atendeu aos requisitos previsto na legislação do ICMS em vigor, também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação. Saliento que o autuante entregou cópia dos demonstrativos e levantamento, possibilitando o pleno direito de defesa, dentro o prazo de 30 (trinta) dias, não existindo nenhuma previsão legal para que o autuado fosse intimado à prestar esclarecimento antes da lavratura do Auto de Infração.

As infrações de 01 a 04 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, na entrada foram lançados de forma sintética pelo total de produtos. Entretanto, o autuado não apresentou nenhuma prova de sua alegação.

Ressalto 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.

Assim, entendo que as infrações de 1 a 4 encontram-se caracterizadas, pois estão embasadas nos demonstrativos de folhas 10 a 183, enquanto a defesa simplesmente negou a existência da diferença sem apresentar qualquer prova. Entretanto, no tocante a infração 2, a autuante aplicou a multa por exercício, porém, o CONSEF já firmou o entendimento que a multa deve ser aplicada por Auto de Infração, independentemente da quantidade dos exercícios fiscalizados. Assim, a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor de R\$50,00.

Observo, finalmente, que apesar de haver indicação de uma provável infração 5 no Auto de Infração, não ocorreu efetivação do lançamento do crédito tributário, pois inexiste indicação de débito, situação esta que deverá ser reavaliada pela autoridade fazendária competente no sentido de cabimento ou não de 'procedimento fiscal complementar'.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, para exigir imposto no valor de R\$155.193,64, além da multa de R\$50,00, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	RESULTADO
1	PROCEDENTE
2	PROC.EM PARTE
3	PROCEDENTE
4	PROCEDENTE

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 102104.0044/05-8, lavrado contra **FERRAMENTAS GERAIS MÁQUINAS E MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA (REXEL DISTRIBUIÇÃO LTDA)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$155.193,64**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa no valor **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de março de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR