

A. I. N ° - 203459.0028/06-0
AUTUADO - DABI ATLANTE INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS LTDA.
AUTUANTE - RICARDO FRANÇA PESSOA
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 12.03.2007

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0057-01/07

EMENTA. ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias. Infração subsistente. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) 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. Contribuinte aponta a existência de equívocos no demonstrativo de débito. Autuante acata as razões defensivas e apresenta novo demonstrativo com as devidas retificações. Infração parcialmente subsistente. b) ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença nas 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. Contribuinte aponta a existência de equívocos no demonstrativo de débito. Refeito o demonstrativo pelo autuante com as devidas retificações. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, referente à parcela não elidida. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Não acolhido o pedido de cancelamento ou redução das multas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 29/09/2006, exige ICMS no valor de R\$112.652,04, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$2.749,98, imputando ao autuado o cometimento das seguintes infrações:

01. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, no mês de outubro de 2004. Total da Infração: R\$2.749,98. Multa de 10%, sobre o valor comercial das mercadorias.

02. Falta de recolhimento de imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2001. Total da Infração: R\$20.113,18. Multa aplicada: 70%.
03. Falta de recolhimento do ICMS 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 por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2002. Total da Infração: R\$92.538,86. Multa aplicada: 70%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.58/67), na qual inicialmente afirma que o Auto de Infração é nulo, por não ter o autuante considerado nos relatórios várias notas fiscais de entrada e saída de mercadorias que lhes foram apresentadas; ter utilizado premissas inadequadas ao referido levantamento, gerando conclusões incorretas e inadequação dos enquadramentos legais indicados; além de ter utilizado base de cálculo e percentual de multas incorretas e ter aplicado taxa de juros inconstitucionais. Assevera que não praticou nenhuma fraude ou simulação, nem agiu com dolo no intuito de redução ou supressão de tributo, o que pode ser comprovado no próprio levantamento realizado pelo autuante e anexo aos autos, que arrola notas fiscais de entrada e de saída emitidas e registradas pela impugnante. Acrescenta que, nenhum contribuinte que tenha a intenção de reduzir ou suprimir tributo, emite todas as notas fiscais arroladas nos autos, tanto de saída da matriz com destino à filial, que resulta em entrada na filial, quanto de saída da própria filial. Invoca e transcreve o artigo 18, inciso IV, alínea "a" e o artigo 20 do RPAF/99, para sustentar que o Auto de Infração é nulo, por não ter considerado várias notas fiscais de entrada e saída de mercadorias juntadas à defesa, além de efetuar o enquadramento legal e incorreto; utilizar-se de base de cálculo e multa incorretas e aplicar forma de correção inconstitucional.

Impugnando a Infração 01, diz que o autuante relacionou 4 (quatro) notas fiscais que não foram lançadas no registro no livro próprio e que a falta do lançamento apenas prejudicou a própria autuada, que deixou de se creditar do imposto destacado nos referidos documentos fiscais, devendo ser levado em consideração para fins de compensação com os débitos lançados.

Reportando-se à Infração 02, sustenta que não ocorreu nenhuma saída sem nota fiscal, inexistindo nos autos qualquer prova de que tenha cometido a infração imputada. Acrescenta que a acusação está baseada apenas numa presunção, não tendo sido consideradas pelo autuante as seguintes notas fiscais que lhe foram apresentadas, conforme cópia reprográfica que anexa.

Notas Fiscais nº.s 459, 383, 330, 332, 322 e 634, referentes à mercadoria Aro, também denominada de turbina ou MS 350 ou MRS 400, ou simplesmente caneta;

Nota Fiscal nº. 603, referente à mercadoria cadeira odontológica, que comprova a saída de uma cadeira com nota fiscal, considerada pelo autuante como saída sem nota fiscal.

Prosseguindo, afirma que no Demonstrativo de Estoque relativo ao período de 01/01/2001 a 31/12/2001, foi apurada uma base de cálculo de R\$20.113,19, valor este referente ao preço total das mercadorias consideradas saídas sem nota fiscal, contudo, ao calcular o valor do débito o autuante considerou este valor como referente ao ICMS devido, quando se trata do valor das mercadorias, sendo lançado incorretamente como base de cálculo o valor de R\$118.312,88. Afirma, ainda, que a multa lançada foi de 70% quando a correta seria 10%, transcrevendo o artigo 42, inciso IX, para amparar o seu entendimento.

Atacando a Infração 03, diz ser absurda a imputação, pois, o autuante teria se baseado em presunções, para concluir que o autuado efetuou entradas de mercadorias sem notas fiscais. Acrescenta que, tal fato somente prejudicaria o contribuinte, em razão da diminuição do crédito fiscal.

Prosseguindo, sustenta que a Nota Fiscal nº. 874, referente à mercadoria Refletor, comprova a entrada com nota fiscal desconsiderada na autuação. Nota Fiscal nº. 180, referente à mercadoria Aro, também denominada MS 350, MRS 400 ou turbina ou caneta ou peça de mão, comprova a entrada de um aro com nota fiscal, anteriormente desconsiderada pelo autuante. Notas Fiscais nº.s 930,874 e 875, que comprovam a entrada de equipamentos com notas fiscais, anteriormente desconsideradas pelo autuante.

Assevera que o autuante ao calcular o valor do débito relativo a este item da autuação, indicou como ICMS devido R\$92.538,86, quando na realidade este é o valor das mercadorias, sendo lançado na base de cálculo, incorretamente, o valor de R\$544.346,23, o que determinou erro também no valor da multa, que se fosse o caso, a título de argumentação, deveria ser calculada em 70% sobre R\$92.538,86, conforme previsto no artigo 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Prosseguindo, transcreve os incisos III e IX do artigo 42 da Lei 7.014/96, para manifestar o entendimento de que na hipótese de ser mantida a autuação, o que se admite para fins de argumentação, deve ser aplicada a multa de 10% sobre a base de cálculo de R\$92.538,86, que resulta no valor de R\$9.253,89.

Referindo-se à taxa SELIC, diz que a sua aplicação é inconstitucional para fins de correção de débitos tributários, conforme utilizado no presente Auto de Infração. Cita o CTN, para dizer que os juros moratórios têm uma taxa de 1% ao mês, e que a aplicação da Taxa Selic, afronta o artigo 161, §1º do referido código. Acrescenta que a sua aplicação ofende o princípio da estrita legalidade e viola o disposto no artigo 150, inciso I, da Carta Magna.

Cita e transcreve o artigo 158 do RPAF/99, para requerer o cancelamento ou redução das multas aplicadas, sob a alegação de que se falhas ocorreram, foram decorrentes de mera falha humana, sem nenhuma intenção de suprimir ou reduzir tributo, ou de fraude tributária.

Finaliza, requerendo a nulidade da autuação, ou, no mérito, a sua improcedência, bem como provar o alegado por todos os meios em direito admitidos.

Na informação fiscal prestada às fls. 95/98, o autuante reportando-se às razões defensivas referentes à Infração 01, afirma que a alegação do contribuinte traz implícito o reconhecimento da falta de lançamentos dos documentos fiscais arrolados na autuação. Acrescenta que não procede a alegação de ausência de prejuízo para o Estado da Bahia, pois a omissão de entradas indica que houve omissão de receitas que serviram para compra de tais mercadorias, trazendo, assim, prejuízos para o Estado, conforme apurado no levantamento de estoque.

Quanto à Infração 02, diz que a defesa reconhece implicitamente que o levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado, foi realizado com base em seus lançamentos e documentos fiscais, afastando qualquer dúvida sobre a regularidade da fiscalização. Referindo-se às Notas Fiscais nº.s 459, 383,330,332,322 e 634, referentes à mercadoria Aro, também denominada de turbina ou MS 350 ou MRS 400, ou simplesmente caneta, sustenta que o autuado não apresenta nenhuma prova de que seriam as mesmas mercadorias, apenas anexando cópias das referidas notas fiscais. Relativamente à Nota Fiscal nº. 603, diz que o autuado afirma ser referente a uma Cadeira odontológica, porém, a descrição que se encontra no referido documento fiscal é o Conjunto Croma SD Equipo Acoplado, mantendo a autuação.

Acata as razões defensivas, admitindo ter incorrido em equívoco quando consignou o valor no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, como sendo de imposto quando de fato é a base de cálculo de R\$20.113,19, sendo o ICMS devido no valor de R\$3.419,24, anexando novo

demonstrativo. Quanto à multa aplicada sustenta que é a legalmente prevista para o presente caso, estando correta.

Relativamente à Infração 03, diz que o autuado repete a argumentação de que não há provas na autuação, por não ter sido feito levantamento físico dos estoques inicial e final, porém, sendo levantamento em exercício fechado, considerando que tais estoques são declarados pelo próprio autuado no livro de inventário. Quanto à Nota Fiscal nº. 874, afirma que não foi considerada, pois, a quantidade consignada nela é zero. Nota Fiscal nº. 180, que segundo o autuado se refere à mercadoria Aro, também denominada MS 350, MRS 400 ou turbina ou caneta ou peça de mão, não foi considerada pois a mercadoria consignada nesta nota fiscal é RS 350 FG - Forza, portanto, não correspondendo a nenhuma das denominações apresentadas pelo autuado. Notas Fiscais nº.s 930,874 e 875, que comprovam a entrada de Equipos com notas fiscais, contudo, as quantidades consignadas nelas são zero. Acata a alegação defensiva quanto ao equívoco na indicação do valor no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, o valor lançado como sendo imposto é de fato a base de cálculo de R\$92.538,86, sendo, portanto, o valor devido R\$15.731,61, conforme demonstrativo de débito anexado aos autos. Quanto à multa aplicada, diz que o enquadramento está correto. Mantém a autuação.

Relativamente à taxa SELIC, assevera que não compete ao Auditor Fiscal questões sobre a constitucionalidade da Lei, cabendo-lhe aplicar por dever de ofício.

Conclui, mantendo o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide atribui ao contribuinte o cometimento de infrações à legislação do ICMS, decorrentes de: - entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal; - falta de recolhimento de imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado; - falta de recolhimento do ICMS 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 por espécie de mercadorias em exercício fechado.

Inicialmente, quanto à arguição de nulidade, por não ter o autuante considerado várias notas fiscais de entrada e saída de mercadorias, juntadas à defesa; por ter efetuado o enquadramento legal incorreto; por utilizar base de cálculo e multas incorretas; e por aplicar forma de correção inconstitucional, através da taxa SELIC, ferindo, assim, o artigo 18, inciso IV, alínea “a” e o artigo 20 do RPAF/99, entendo que a pretensão do contribuinte não pode prosperar, haja vista que as notas fiscais de entrada e saída referidas foram consideradas pelo autuante, que, inclusive, na informação fiscal, reporta-se individualmente a todas elas. No que concerne ao enquadramento, verifico que está de acordo com a legislação. Relativamente à utilização de base de cálculo incorreta, observo que o próprio autuante acata as alegações defensivas admitindo ter incorrido em equívoco, ao indicar como imposto exigido o valor da base de cálculo, procedendo a devida retificação na forma indicada pelo autuado, não sendo motivo, a meu sentir, para nulidade do ato. No tocante à multa aplicada, verifico que está de acordo com a previsão contida no artigo 42, inciso III, da Lei nº. 7.014/96. Assim, por não ter ocorrido ofensa às disposições do artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, rejeito a nulidade argüida. No que diz respeito à inconstitucionalidade de aplicação da taxa SELIC, existe um óbice intransponível à sua apreciação no âmbito administrativo, que é a disposição do artigo 167 da Lei nº. 3.956/81.

Do exame das peças processuais, constato no que concerne à Infração 01, que cuida da entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória de 10%, sobre o valor comercial da mercadoria, que o próprio autuado admite ter incorrido na irregularidade apontada no Auto de Infração, ao afirmar na peça defensiva que, *“o autuante relacionou 4 (quatro) notas fiscais que não foram lançadas no registro no livro próprio e que a falta do lançamento apenas prejudicou a própria autuada, que deixou de se creditar do imposto destacado nos referidos documentos fiscais, devendo ser levado em consideração para fins de compensação com os débitos lançados.”*

Efetivamente, trata-se de uma manifestação de entendimento errônea do autuado, haja vista que a falta de registro indicada neste item da autuação, implica no descumprimento de obrigação acessória, passível da penalidade aplicada. Mantida a infração.

No que concerne à Infração 02, que trata da falta de recolhimento de 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, constato que o levantamento quantitativo de estoque, referente ao exercício fechado de 2001, foi realizado com base nos lançamentos e documentos fiscais do contribuinte. No que diz respeito às alegações defensivas referentes às Notas Fiscais nº.s 459, 383,330,332,322 e 634, de que são relativas à mercadoria Aro, também denominada de turbina ou MS 350 ou MRS 400, ou simplesmente caneta, verifico que o autuado não traz aos autos qualquer elemento de prova de se tratar das mesmas mercadorias, apenas anexando cópias das referidas notas fiscais. Quanto à Nota Fiscal nº. 603, constato na cópia anexada aos autos, que consta na descrição como Conjunto Croma SD Equipo Acoplado e não Cadeira odontológica, conforme sustenta o autuado.

Verifico, ainda, que assiste razão ao autuado quanto ao equívoco existente na indicação do valor no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, cuja retificação foi realizada pelo próprio autuante, passando a base de cálculo para R\$20.113,19, e, consequentemente, o ICMS devido para R\$3.419,24, conforme demonstrativo de débito anexado aos autos. Infração parcialmente subsistente.

No respeitante à Infração 03, que cuida da falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal - prevista no artigo 4º, § 4º da Lei 7.014/96 - 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 por espécie de mercadorias no exercício fechado de 2002, verifico que o autuante considerou no levantamento realizado os estoques consignados no livro Registro de Inventário do autuado. No que concerne à alegação defensiva referente à Nota Fiscal nº. 874, constato assistir razão ao autuante, haja vista que a quantidade descrita é zero. No que diz respeito à Nota Fiscal nº. 180, que segundo o autuado se refere à mercadoria Aro, também denominada MS 350, MRS 400 ou turbina ou caneta ou peça de mão, verifico que a mercadoria descrita está como RS 350 FG - Forza, não permitindo qualquer identificação com as denominações apresentadas pelo autuado. No que concerne às Notas Fiscais nº.s 930, 874 e 875, apesar de o contribuinte alegar que não foram consideradas pelo autuante, claramente se verifica que apesar de trazerem a descrição como “Equipos”, as quantidades consignadas nelas são zero.

Constato, ainda, assistir razão ao autuado quanto ao equívoco existente na indicação do valor no Demonstrativo de Débito do Auto de Infração, cuja retificação foi realizada pelo próprio autuado, passando a base de cálculo para R\$92.538,86, e, consequentemente, o ICMS devido para

R\$15.731,61, conforme demonstrativo de débito anexado aos autos. Infração parcialmente subsistente.

Quanto à dispensa ou redução das multas requerida pelo autuado, em relação à multa de caráter acessório verifico que a mesma ficou devidamente caracterizada e por não ter ficado evidenciado que o cometimento da irregularidade não implicou em falta de recolhimento do imposto, não acolho o pleito. Já em relação às multas por descumprimento de obrigação principal, a sua dispensa ou redução ao apelo da equidade, é de competência da Câmara Superior deste CONSEF.

Diante do exposto, entendo subsistente parcialmente a autuação no valor de R\$21.900,83, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

Infração	ICMS devido (R\$)	Multa por descumprimento de obrigação acessória
01	-	2.749,98
02	3.419,24	-
03	15.731,61	-

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** em parte do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **203459.0028/06-0**, lavrado contra **DABI ATLANTE INDÚSTRIAS MÉDICO ODONTOLÓGICAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.150,85**, acrescido da multa de 70% prevista no artigo 42, III e IX da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.749,98**, prevista no artigo 42, inciso IX do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9837/05.

Esta Junta de Julgamento Fiscal 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 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de março de 2007.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR