

A. I. Nº - 206969.0009/07-9
AUTUADO - CASA MERCURY LTDA.
AUTUANTE - IRELNE ERCI LINO
ORIGEM - INFRAZ/ILHÉUS
INTERNET - 27. 02. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0040-01/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infrações caracterizadas. **c)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Caracterizada integralmente a infração. **d)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DADOS INCORRETOS. MULTA. Restou comprovado que as informações declaradas na DMA estão em desacordo com os valores escriturados no livro Registro de Inventário. Infração subsistente. Rejeitadas as nulidades argüidas. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 18/09/2007, reclama do autuado ICMS no valor de R\$ 41.715,45, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 240,00, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS:

1. falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas

tributáveis, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 32.341,53, acrescido da multa de 70%. Consta se referir ao período de 01/01/2007 até o encerramento das atividades, quando não tinha nenhuma mercadoria em estoque, conforme demonstrativos anexos que compõem a auditoria de estoque referente ao período de 01/01/07 a 30/04/2007;

2. omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, relativamente ao exercício de 2006 e ao período de 01/01/07 a 30/04/2007, sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 100,00. Consta se referir aos períodos de 2006 e 2007 (01/01/07 a 30/04/2007), conforme demonstrativo anexos que compõem a Auditoria de Estoque;

3. falta de recolhimento do ICMS 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 entrada – 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 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.085,41, acrescido da multa de 70%. Conforme demonstrativos anexos que compõem a auditoria de estoques;

4. falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.288,51, acrescido da multa de 60%. Consta se referir aos exercícios de 2006 e 2007 (01/01/07 a 30/04/07), conforme demonstrativos anexos que compõem a auditoria de estoques.

5. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00. Consta que o contribuinte informou incorretamente o estoque final no valor de R\$ 350.380,39, na DMA referente a 03/2007, de encerramento das atividades, enquanto no livro Registro de Inventário informa a inexistência de mercadorias em estoque.

O autuado apresentou peça impugnatória ao lançamento de ofício às fls. 1186 a 1222, reportando-se inicialmente à tempestividade da defesa. Após, registra a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a decisão final, consoante o artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional.

Prosseguindo, diz que restará demonstrada a existência de diversas irregularidades no lançamento que determinarão a nulidade do Auto de Infração. Afirma que não foram observadas no Auto de Infração as normas específicas dadas como infringidas, além de não esclarecer adequadamente a natureza das infrações, capitulando diversos itens da autuação, sem especificá-los, cerceando o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, tornando nulo o lançamento.

Reportando-se à infração 01, diz que o enquadramento legal foi feito com base nos artigos 124, I, 201, I, 218, 323,331, c/c os artigos 1º, I, 2º, I, 50, 60, II, “a” e §1º, 936, e § 3º do artigo 938 do RICMS/97, artigo 13, I, da Portaria 445/98, artigo 42, III da Lei nº. 7.014. Alega que os artigos 323 e 331, possuem, cada um, nove parágrafos, não sendo possível saber em qual a fiscalização se baseou, tornando impossível a defesa. Acrescenta que o artigo 322, possui treze parágrafos, sendo indefensável a autuação, tendo em vista que o autuante lançou todos os artigos que dizem

respeito ao assunto, sem especificar o inciso e/ou parágrafo realmente infringido. Aduz que o artigo 50 possui três incisos, nove alíneas e cinco parágrafos, contudo, o autuante considerou como infringido o artigo 50 em sua totalidade, ferindo os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Referindo-se à infração 02, assevera que esta foi lançada com base nos artigos 201, I, 218, 323 e 331 do RICMS/97, artigo 5º, III, da Portaria 445/98, artigo 42 da Lei nº. 7.014/96. Aduz que os artigos 323 e 331, possuem, cada um, nove parágrafos, sendo impossível saber em qual a fiscalização se baseou, inviabilizando qualquer defesa.

Quanto à infração 03, diz que o lançamento foi feito com base nos artigos 124, I, 201, I, 218, 323,331, c/c os artigos 1º, I, 2º, I, 50, 60, II, “a” e §1º, 936, e § 3º do artigo 938 do RICMS/97, artigo 13, I, da Portaria 445/98, artigo 42, III da Lei nº. 7.014. Alega que o artigo 50 possui três incisos, nove alíneas e cinco parágrafos, contudo, o autuante considerou como infringido o artigo 50 em sua totalidade, sendo impossível saber qual foi infringido. Aduz que os artigos 323 e 331, possuem, cada um, nove parágrafos, não sendo possível saber em qual a fiscalização se baseou, tornando impossível a defesa. Acrescenta que o artigo 322 possui treze parágrafos, sendo indefensável a autuação, tendo em vista que o autuante lançou todos os artigos que dizem respeito ao assunto, sem especificar o inciso e/ou parágrafo realmente infringido.

Relativamente à infração 04, diz que foi baseada nos artigos 125,I, 371, “a”, I, 322, 2º, 50,51,61, II, “a” e § 3º, 938, do RICMS/97, artigo 10, I, “b”, da Portaria 445/98, artigo 42, III, da Lei nº. 7.014/96. Alega que o artigo 50 possui três incisos, nove alíneas e cinco parágrafos, e o artigo 51 possui seis incisos, vinte e seis alíneas, trinta pontos e quatro parágrafos, porém, o autuante lançou como infringidos os artigos 50 e 51 em sua totalidade, impossibilitando saber qual foi ao certo infringido.

No tocante à infração 05, diz que tal infração foi lançada com base nos artigos 333, §1º, I, do RICMS/97, artigo 42, XVIII, “c”, da Lei nº. 7.014/96.

Prosseguindo, apresenta longa argumentação sobre o direito ao devido processo legal; invoca os princípios constitucionais tributários relevantes, como da legalidade, anualidade e nonagesimal, previstos nos artigos 149 e 150, I, III, “a”, “b”, e “c” da Constituição Federal, que transcreve.

Evoca também os princípios do processo administrativo, citando e reproduzindo texto de Celso Antonio Bandeira de Mello sobre a violação de um princípio. Argui, sob o título “Arbitrariade da cobrança e necessidade de Perícia”, o seu direito de requerer perícia, para afastar ou reduzir os valores autuados.

Reporta-se à Taxa SELIC, afirmando que esta é confiscatória. Invoca o artigo 2º, da Lei nº. 9.784/99, transcrevendo-o, a Lei nº. 9.065/95, o artigo 192, da CF, decisão do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e o Código Tributário Nacional.Cita José Afonso da Silva, Luciano Amaro, Ricardo Lobo Torres, para falar sobre a vedação do confisco.Tece comentários sobre a única possibilidade de confisco no direito brasileiro, que segundo diz, é permitido apenas na hipótese do artigo 243 do CR, que transcreve. Reproduz informações obtidas junto ao site da Secretaria da Receita Federal, referentes à multas aplicáveis ao “Dacon” e à “DCTF”.

Refere-se ao aspecto da multa meramente punitiva, mencionando a legislação da Espanha como exemplo de igualdade, por permitir que ambas as partes utilizem meios isonômicos no intuito de provar as suas alegações, diversamente do direito brasileiro que coloca o contribuinte em situação de inferioridade.

Conclui pedindo o acolhimento da impugnação e, consequentemente, a anulação do Auto de Infração.

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 1233 a 1246, discorrendo, inicialmente, sobre as alegações defensivas. Após, esclarece que a ação fiscal foi motivada pelo pedido de Baixa da

Inscrição Estadual, e que foram atendidas todas as formalidades legais na ação fiscal e lavratura do Auto de Infração, inexistindo irregularidade formal ou material.

Assevera que na peça de defesa, verifica-se que o autuado se equivocou em alguns momentos ao aproveitar textos relativos a outros assuntos, ou contribuintes, exemplificando que o impugnante afirma que, “deve ser totalmente improcedente o lançamento tendo em vista se tratar de uma entidade sem fins lucrativos” (fls.1189). Esclarece que o autuado é empresa comercial, nada tendo como “entidade sem fins lucrativos”.

Contestando as alegações defensivas sustenta que as infrações estão claras e precisas não deixando margem a dúvidas quanto ao ato infracional. Ressalta que o autuado em nenhum momento questionou os levantamentos fiscais que culminaram com a lavratura do Auto de Infração.

Aduz que, para postergar o cumprimento de suas obrigações o autuado argüi que o texto do Auto de Infração não permitiria a ampla defesa e o contraditório, o que não é verdadeiro. Sustenta que as infrações estão corretas e claras, bem como o enquadramento legal e multa aplicada, tudo feito conforme a legislação do ICMS.

Contesta as alegações defensivas relativas ao enquadramento legal, identificando cada dispositivo citado nas infrações 01, 02, 03 e 04, conforme previsto na legislação do ICMS. Quanto à infração 05, diz que não foi impugnada pelo autuado.

Prosseguindo, contesta as alegações defensivas sobre o devido processo legal; princípios constitucionais tributários relevantes; violação dos princípios do processo administrativo; e princípio da ampla defesa e do contraditório. Também, sobre a arbitrariedade da cobrança e necessidade de perícia; sobre o caráter confiscatório da Taxa SELIC; da multa meramente punitiva.

Conclui mantendo integralmente a autuação.

VOTO

Inicialmente, quanto à argüição do autuado de nulidade do Auto de Infração, por inobservância das normas específicas dadas como infringidas; pela ausência de clareza quanto à natureza das infrações; pela capitulação dos diversos itens da autuação, sem especificá-los, cerceando o seu direito a ampla defesa e ao contraditório, entendo que não pode prosperar, haja vista que a formalização da exigência através do Auto de Infração em lide, observou plenamente o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente, o artigo 39, mais seus incisos, alíneas e parágrafos.

Constato que a autuação indica com clareza a natureza das infrações, e que o enquadramento destas está em total acordo com a legislação do ICMS (RICMS/BA, Portaria nº. 445/98 e Lei nº 7.014/96). Inexiste ofensa ao princípio da ampla defesa e do contraditório. Rejeito, portanto, as nulidades argüidas.

No que concerne à perícia suscitada pelo autuado, não vislumbro nenhuma necessidade ou indispensabilidade de sua realização, para firmar o meu convencimento sobre a solução do litígio. A perícia consiste em exame realizado por técnico ou pessoa habilitada – perito- dotada de conhecimentos especializados sobre determinada matéria.

Na realidade, o perito supre a insuficiência de conhecimentos específicos sobre a matéria objeto da lide por parte do julgador, não sendo efetivamente o caso do Auto de Infração em exame. Os levantamentos, demonstrativos e documentos acostados aos autos, são suficientes para solução da lide. Indefiro, portanto, o pedido de realização de perícia, com fulcro no artigo 147, inciso II, alíneas “a” e “b” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, que dispõe:

“Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

(...)

II - de perícia fiscal, quando:

a) a prova do fato não depender do conhecimento especial de técnicos;

b) for desnecessária em vista de outras provas produzidas;”

No que concerne à argüição do autuado de ser a Taxa SELIC confiscatória e desrespeitar princípios constitucionais, registro que a sua aplicação está prevista no artigo 102, § 2º, incisos I e II, da Lei nº 3.956/81, não tendo este órgão julgador competência para apreciar a constitucionalidade de sua aplicação, consoante vedação expressa prevista no artigo 125, I, do mesmo Diploma legal acima referido.

Quanto ao aspecto de ser a multa meramente punitiva, diversamente do que ocorre noutros países, a exemplo da Espanha, não vejo que o contribuinte no direito brasileiro seja colocado em posição de inferioridade, haja vista que pode exercer plenamente o direito ao devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório, princípios consagrados na Constituição Federal vigente que asseguram a igualdade na discussão da lide.

No que concerne aos princípios constitucionais tributários relevantes, como da legalidade, anualidade e nonagesimal, previstos nos artigos 149 e 150, I, III, “a”, “b”, e “c” da Constituição Federal, bem como os princípios do processo administrativo, verifico que foram respeitados na autuação em exame, inexistindo ofensa ao direito do contribuinte.

No mérito, verifico que o autuado em nenhum momento da defesa rechaça a acusação fiscal, não apresentando qualquer alegação ou elementos de prova, no intuito de elidir quaisquer dos itens da autuação, apesar de ter conhecimento dos levantamentos e demonstrativos levado a efeito pela autuante, inclusive, das infrações que lhe são imputadas.

O artigo 123, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, diz que é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

Já o artigo 140, do mesmo Diploma regulamentar acima referido, determina:

“Art. 140. O fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.”

Também o artigo 143, do mesmo RPAF/99, dispõe:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Portanto, como as provas acostadas aos autos confirmam o cometimento das infrações pelo autuado, que ao silenciar permite que sejam admitidos como verídicos os fatos alegados pela autuante, as infrações 01, 02, 03, 04 e 05, são integralmente subsistentes.

Voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206969.0009/07-9, lavrado contra **CASA MERCURY LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 41.715,45**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 39.426,94 e de 60% sobre R\$ 2.288,51, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$ 240,00**, previstas,

respectivamente, no artigo 42, XVIII, “c” e XXII, do mesmo Diploma legal, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de fevereiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR