

A. I. N° - 206969.0011/07-3
AUTUADO - CASA MERCURY LTDA.
AUTUANTE - IRLENE ERCI LINO
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 06.05.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0095-04/08

EMENTA: ICMS. 1. 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. **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. **Infrações caracterizadas. c) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 3. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração comprovada. Negado o pedido de diligência fiscal. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2007, exige débito totalizando o valor histórico de R\$ 10.306,41, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo a 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis. (Valor histórico: R\$ 4.997,48; percentual da multa aplicada: 70%).
2. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante

levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. (Valor da multa fixa aplicada: R\$ 50,00).

3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas, 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. (Valor histórico: R\$ 1.247,37; percentual da multa aplicada: 70%).
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. (Valor histórico: R\$ 1.220,00; percentual da multa aplicada: 10%).
5. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. (Valor histórico: R\$ 2.791,56; percentual da multa aplicada: 50%).

O autuado, através de representante legal, ingressa com defesa às fls. 539 a 576, com suporte nas seguintes alegações:

Em sede preliminar, destaca a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até a decisão final do contencioso administrativo, com fulcro no artigo 151, III, do CTN, além de requerer desde já o julgamento pela improcedência da autuação pelo fato do autuado se tratar de uma entidade sem fins lucrativos.

Antes de adentrar no mérito das infrações, argüi a nulidade do presente Auto de Infração sob a justificativa de que o mesmo não permite ao contribuinte ter “pleno conhecimento do ilícito fiscal cometido”, não tendo sido feita pelo autuante a correspondência entre o ato real alegado e a norma-tipo supostamente infringida, circunstâncias que resultam no cerceamento do direito de defesa da empresa.

No mérito, com relação à infração 01, no que tange especificamente ao enquadramento legal feito pelo autuante, alega que o artigo 938 possui nove incisos, vinte alíneas e oito parágrafos, o artigo 50 possui três incisos, nove alíneas e cinco parágrafos, tendo o representante do fisco lançado todos os artigos relacionados ao assunto sem ter especificado o inciso e/ou parágrafo realmente infringido, numa conduta que viola os princípios da ampla defesa e do contraditório.

A respeito da infração 02, assevera que no Auto de Infração de nº 206969.0009/07-9, lavrado pelo mesmo autuante e referente a um caso idêntico, não houve a citação somente dos artigos mencionados na presente autuação, como também de inúmeros outros dispositivos, o que demonstra que há divergências de enquadramento para uma mesma infração ensejadora da nulidade do item em questão.

Quanto à infração 03, reproduz o argumento de que o autuante teria lançado todos os artigos que dizem respeito ao assunto sem especificar o inciso e/ou parágrafo realmente infringido.

No tocante à infração 04, alega ser impossível que a empresa tenha violado todos os parágrafos, incisos, alíneas e itens do artigo 322, ressaltando que caberia ao autuante apontar quais dispositivos foram efetivamente desrespeitados, bem como que o fato ocorreu há mais de cinco anos, tendo sido, em função disto, alcançado pelo fenômeno da decadência.

Relativamente à infração 05, não apresenta contestações, passando a discorrer sobre teoria do direito, destacando os princípios do devido processo legal, os princípios constitucionais tributários relevantes, abordando também sobre a violação dos princípios do processo administrativo e sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Outrossim, insurge-se contra a aplicação da taxa SELIC na atualização dos valores apurados, alegando que o autuante não observou a prescrição contida no artigo 2º da Lei nº 9.784/99, além de transcrever precedentes jurisprudenciais do STJ e do Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

A respeito da multa aplicada, discorre sobre os princípios do contraditório e da ampla defesa, da igualdade das partes no processo em geral, refutando o caráter “meramente punitivo” da exação.

Do exposto, pugna pela nulidade do presente Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 589 a 606, nos seguintes termos:

Primeiramente, afirma que o autuado é uma empresa comercial que atua na comercialização de tintas e de outras mercadorias do ramo de materiais de construção, conforme comprova a documentação em anexo.

No que concerne à argüição de nulidade do presente Auto de Infração, alega que a descrição das infrações está clara, precisa, chamando atenção para o fato do autuado não ter questionado os lançamentos fiscais que serviram de lastro à lavratura do Auto, tratando-se de argumentos de cunho meramente protelatório.

Especificamente com relação à infração 02, reconhece que houve erro na citação dos dispositivos do enquadramento e da multa aplicada, estando, porém, correta a descrição da infração, datas, valores da infração e da multa aplicada. Em assim sendo, apresenta como enquadramento correto o seguinte: “artigos 201, I, 218, 323 e 331 do RICMS/BA, artigo 5º, III da Portaria 445/98; e a multa aplicada de acordo com o artigo 42, XXII da Lei nº 7.014”.

No tocante à alegação do autuado de que não houve o correto enquadramento na infração 01, afirma que a mesma não pode prosperar haja vista verificar-se, tanto no texto do enquadramento (fl. 01) quanto da própria peça impugnatória, a indicação do §3º do artigo 939 do RICMS/BA, dispositivo que prescreve sobre o momento da ocorrência do fato gerador quando não for possível sua determinação precisa, como é o caso da auditoria de estoques, na qual considera-se ocorrida a infração no último dia do respectivo período.

Ademais, argumenta que a indicação errônea de dispositivos legais não implica nulidade do Auto de Infração ou de determinada infração no mesmo descrita, sendo suficiente que reste evidente o enquadramento legal conforme dispõe o §1º do artigo 18 e artigo 19 do RPAF.

A respeito da infração 03, informa sustentar o lançamento, ressaltando que o autuado não informou separadamente os dispositivos do enquadramento e da multa aplicada, conforme informados no Auto de Infração.

Com relação à infração 04, rechaça o argumento do autuado de que teria havido decadência sob a alegação de que o prazo de 5 anos começou a ser computado a partir de 01/01/2003, que corresponde ao exercício seguinte à data de ocorrência relacionada à nota fiscal de nº 022.003.

Quanto às alegações do autuado a respeito da infração 05, alega que a infração deve ser mantida integralmente, porquanto não há que se cogitar de falta de oportunidade de defesa ou de cerceamento do direito de defesa, em razão da clareza da descrição do enquadramento.

Com relação à insurgência do autuado quanto à aplicação da taxa SELIC, afirma que o presente Auto de Infração fora lavrado com estrita observância da legislação pertinente, não cabendo à sua pessoa decidir sobre os índices aplicados na correção do débito tributário.

Com base nas razões acima, opina pela procedência do presente Auto de Infração.

O autuado, ao ser cientificado da informação fiscal, na qual houve a alteração na indicação de dispositivos legais, apresenta manifestação, fls. 610 a 621, com base nas seguintes razões:

Preliminarmente, aduz que o autuante deveria ter observado a legislação atinente à matéria, conforme prescrição do artigo 39 do Decreto 7.629/99.

A respeito do enquadramento legal da infração 01, apresentado na informação fiscal, faz as seguintes considerações:

- a) Artigo 124, I – afirma que existem duas alíneas que tratam, cada uma, de um tipo de contribuinte diferente, não tendo o autuante, por sua vez, especificado qual regime é utilizado pela empresa;
- b) Artigo 218 – alega que o autuante fez o lançamento sem informar em qual momento entendeu que foi infringida a legislação;
- c) Artigo 323 – afirma que, como o autuante também não especificou o inciso, não se pode precisar em que momento teria se caracterizado a infração;
- d) Artigo 938 – alega que tal dispositivo dispõe acerca do arbitramento da base de cálculo levando em consideração o objeto social da empresa, ressaltando que o autuante não qualificou o autuado nem atribuiu qualquer inciso ao mesmo;
- e) Artigo 50 – questiona “quais seriam as alíquotas”.

Com relação à infração 02, argumenta que não procede a informação do autuante de que a indicação errônea do dispositivo legal não implica em nulidade, haja vista que tal fato viola a legislação e os princípios constitucionais.

No mais, reitera os argumentos articulados na peça impugnatória.

O autuante reitera a informação fiscal em todos os seus termos.

VOTO

Verifico da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário.

Inicialmente nego o pedido de diligência ou de perícia formulado na defesa, haja vista que os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu juízo de valor acerca das infrações apontadas no presente lançamento. Ademais, o autuado não comprovou a sua efetiva necessidade, não tendo trazido aos autos qualquer comprovação que amparasse a sua pretensão (art. 147 do RPAF/99).

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da taxa SELIC, cabe ressaltar que a declaração de inconstitucionalidade, não se inclui na competência dos órgãos julgadores, a teor do art. 167, I, do Regulamento Administrativo Fiscal, aprovado pela Lei nº 7.629/99. Ademais, a redação do inciso I, do art. 138-B, foi dada pela Alteração nº 29 (Decreto nº 8087, de 27/12/2001).

Outrossim as multas aplicadas neste Auto de Infração estão devidamente tipificadas na Lei nº 7.014/96, que disciplina o ICMS no Estado da Bahia.

Nego o pedido de perícia formulado pelo autuado ao final de sua defesa, pois entendo desnecessária a sua realização, com fulcro no art. 147, II, “b”, do RPAF/99, haja vista que as provas acostadas aos autos, pelos autuantes, são suficientes para decidir acerca da presente lide, e não tendo o contribuinte acostado aos autos qualquer documento que a justificasse.

Com relação à preliminar de mérito de decadência referente à infração 04, quando da análise do seu mérito será devidamente apreciada.

Cabe salientar que a contrário do argumentado pelo sujeito passivo, este é contribuinte do ICMS não se tratando de entidade sem fins lucrativos, mas de empresa que atua no comércio varejista de materiais de construção.

Quanto à indicação dos dispositivos, aplico o disposto no art. 19 do RPAF/99, no qual a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela indicação dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

As infrações 01, 02 e 03, foram constatadas através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, em um determinado período, tomando-se como pontos de partida os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

Na infração 01 foram constatadas operações de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão de documentos fiscais, o que constitui comprovação suficiente da falta de pagamento do ICMS, por não ter o lançamento dos valores correspondentes em sua escrita fiscal, referente aos exercícios de 2005 e 2006.

Os levantamentos relativos a esta infração encontram-se nos autos, às fls. 10 a 166, exercício de 2005, e fls. 172 a 247, exercício de 2006, tais como: Demonstrativo de Estoque, Entradas de Mercadorias, Saídas de Mercadorias, Cálculo do preço médio, levantamento de Inventário, nos quais estão especificadas as mercadorias objeto da exigência fiscal, que apontam saídas sem os respectivos documentos fiscais.

Outrossim, a determinação da base de cálculo foi feita em função do preço médio das operações de saídas, praticada pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria foi comercializada no período fiscalizado, consoante o disposto no art. 60, II, “a” do RICMS/97.

O contribuinte ao apresentar sua peça defensiva não apontou a ocorrência de qualquer erro no levantamento fiscal, restringindo as alegações quanto aos aspectos formais do lançamento, que inclusive já foram apreciados.

Deste modo, como o procedimento fiscal encontra-se embasado na Portaria 445/98, e em conformidade com o regulamento do ICMS de nosso Estado, mantenho a infração na íntegra.

Na infração 02 foi detectada a omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, 2005, sendo aplicada a multa de R\$ 50,00, prevista no art. 42, XXII, por descumprimento de obrigação acessória, sem penalidade prevista expressamente na Lei nº 7.014/96. O demonstrativo da infração encontra-se à fl. 27 do PAF.

Infração mantida, pois plenamente demonstrada, ao passo que o contribuinte não trouxe qualquer documento capaz de elidir a acusação fiscal.

Na infração 03, ficou constatada diferenças tanto de saídas como de entradas 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 realizadas anteriormente e também não contabilizadas, relativo ao exercício de 2007.

Os demonstrativos da infração estão anexos, fls. 248 a 347, e a presunção legal encontra-se amparada no art. 2º, § 3º do RICMS/97, com base no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte não se insurgiu especificamente contra a infração, não demonstrando a ocorrência de qualquer erro ou fato contrário à acusação que lhe foi feita, deste modo, mantenho-a conforme o valor originariamente exigido.

Infração mantida.

Na infração 04 está sendo exigida a multa de 10% sobre o valor comercial da mercadoria sujeita à tributação, ingressa no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal (livro Registro de Entradas).

Trata-se da nota fiscal nº 022.003, emitida pela Seral do Brasil S/A Ind. Metalúrgica, em 07/02/2002, no valor de R\$ 12.200,00, coletada pelo CFAMT – Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito, cuja 3ª via encontra-se à fl. 369.

Para comprovar a acusação, o autuante anexou ainda a fotocópia do livro Registro de Entradas, às fls. 372 a 396.

Não procede a alegação da defesa de que teria ocorrido a decadência, pois referente ao exercício de 2002. Aplicando-se o art. 173, I, do CTN, o Estado tem o prazo de 05 anos, a contar do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador para efetuar o lançamento tributário. Assim, tendo em vista que a infração ocorreu em 28/02/2002, o prazo começa a contar em 01/01/2003, findando em 31/12/2007. O auto de infração foi lavrado em 27/09/2007, e a partir desta data não há mais que se falar em decadência do crédito tributário.

Infração mantida.

Na infração 05 está sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.791,56, em razão da falta de recolhimento no prazo regulamentar de operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de março de 2007.

A cópia do livro Registro de Apuração de ICMS encontra-se às fls. 482 a 485, e não foi apresentada pela defesa qualquer comprovação de que o imposto já estaria recolhido ao erário, em data anterior à ação fiscal. Deste modo, mantenho a infração na íntegra.

Ante o 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 **206969.0011/07-3**, lavrado contra **CASA MERCURY LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 9.036,41**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 6.244,85 e de 50% sobre R\$ 2.791,56, previstas no art. 42, III, e I, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 1.270,00**, previstas no art. 42, XXII, e IX, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR