

**A. I. N°** - 232943.0023/08-0  
**AUTUADO** - CASA MERCURY LTDA.  
**AUTUANTE** - REGINALDO CAVALCANTE COELHO  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 21.08.2009

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF N° 0244-02/09**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXERCÍCIO FECHADO. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Constatando-se diferenças de entradas através de levantamento quantitativo, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infração caracterizada. b) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante auditoria de estoques em exercício aberto, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. 2. DIVERGÊNCIAS ENTRE OS DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. OPERAÇÕES REGULARMENTE ESCRITURADAS. Fato não contestado. 2. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. Não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. A ação fiscal imputa um fato (divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais) e esclarece na informação fiscal outra ocorrência (falta de recolhimento do imposto declarado na DMA), impedindo ao sujeito passivo saber exatamente o real motivo da autuação, caracterizando cerceamento de defesa. Item NULO. Rejeitadas as demais preliminares de nulidade arguidas na peça defensiva. Não foram apreciadas as arguições de inconstitucionalidade da multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal e não acatado o pedido de sua redução. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

## **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/12/2008, reclama débito no valor total de R\$11.783,45, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 3.933,20, relativa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis 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 exercícios fechados (2006 e 2007), conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 85.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$4.612,82, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária, relativo aos exercícios de 2006 e 2007, conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 85.
3. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, no valor de R\$1.614,49, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os 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 do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2006 e 2007), conforme demonstrativos e documentos às fls. 08 a 85.
4. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.622,94, no prazo regulamentar, em função de apuração de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios, no mês de junho de 2007, conforme documentos às fls. 86 a 92.

O sujeito passivo por seu representante legal, às fls. 149 a 167, destacou a tempestividade de sua defesa, dizendo que foi cientificado da autuação em 30/12/2008, e no prazo de trinta dias protocolou sua peça defensiva.

Inicialmente invocou os artigos 151, II, do Código Tributário Nacional combinado com o artigo 8º, III, do Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador, para argüir a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Transcreveu todas as infrações e os dispositivos tidos com infringidos, argüindo a improcedência do lançamento tributário, sob o argumento de se tratar a empresa de uma entidade sem fins lucrativos.

Em seguida, argüiu a nulidade do auto de infração, por cerceamento de defesa, por considerar que o lançamento tributário, por não observar formalidades essenciais, está eivado de vícios e com inúmeras irregularidades, com base nas seguintes razões defensivas: que no auto de infração não consta a atividade da empresa; e que foram citadas diversas leis, sem especificar quais os artigos, incisos e parágrafos foram infringidos.

Prosseguindo, teceu comentários sobre princípios de direito, inclusive na visão de renomados tributaristas, destacando o princípio do devido processo legal; da ampla defesa e do contraditório.

Requer perícia para provar que os valores foram pagos a título de reembolso.

Quanto às multas, argüiu a ilegalidade na sua aplicação, entendendo que deve ser reduzida a 20%, em aplicação analógica do art.59 da Lei nº 8.383/91, citou a jurisprudência do TRF sobre a questão relacionada com a possibilidade de diminuição da multa aplicada, e as considerou que têm caráter meramente punitivas.

Concluindo, o defendente sustentando que demonstrou a injuricidade do Auto de Infração, protesta pela produção de provas por todos os meios em direito admitidos, e pede a improcedência da autuação.

Na informação fiscal às fls. 176 a 177, o autuante frisa que o autuado não apresentou provas que pudessem elidir a legitimidade da ação fiscal, limitando-se a tecer comentários sobre “Suspensão da Exibibilidade”; Ampla Defesa e Direito ao Contraditório”; “Confisco”; e que a empresa é uma entidade sem fins lucrativos. Assim, transcreveu o artigo 143, do RPAF/99, para demonstrar que a defesa tem fim protelatório, e ao final, manteve integralmente seu procedimento fiscal.

## VOTO

Inicialmente, observo que o patrono do autuado em sua peça defensiva, arguiu a suspensão do crédito tributário com base no Código Tributário e de Rendas do Município de Salvador. O crédito tributário em questão somente será exigido após o término do processo administrativo fiscal. Logo, não há óbice quando a questão argüida.

Como preliminares de nulidade, foi arguído que o estabelecimento se trata de uma entidade sem fins lucrativos e que no auto de infração não consta a atividade da empresa; e que foram citadas diversas leis, sem especificar quais os artigos, incisos e parágrafos foram infringidos.

Com todo respeito ao patrono do autuado, não acolho tais alegações vejamos porque:

a) não há necessidade de indicação no auto de infração da atividade do contribuinte, pois ninguém mais do ele sabe qual é a sua atividade. Quanto a alegação de que a empresa é uma entidade sem fins lucrativos, não vejo como prosperar tal alegação, visto que, conforme consta no Sistema de Informação da SEFAZ, o estabelecimento está cadastrado na atividade Cod. 4.679.699 – “Comércio atacadista de materiais de construção em geral” (doc. fl.93);

b) também não assiste razão ao defendente, no tocante ao enquadramento legal, uma vez que, consta no corpo do auto de infração, logo após a demonstração do débito, os dispositivos legais infringidos relacionados com cada infração, inclusive o enquadramento legal da multa aplicada.

Quanto a arguição de ilegalidade da multa aplicada, entendendo o defendente que a mesma deve ser reduzida a 20%, em aplicação analógica do art. 59 da Lei nº 8.383/91, observo que as multas foram aplicadas pelo descumprimento da obrigação principal neste processo e estão previstas no artigo 42, inciso II, “d”, e III, “a”, da Lei nº 7.014/95, e quanto ao pedido de redução, não pode ser acolhido, pois as multas aplicadas em cada infração estão previstas no citado dispositivo legal, não competindo a esse órgão julgador nesta instância de julgamento, a prerrogativa para a sua redução, a teor do que dispõe no art. 42, § 8º da Lei 7014/96, regulamentado pelo art. 159 do RPAF/BA, sendo que tal pedido poderá ser requerido à Câmara Superior do CONSEF a dispensa ou redução de multa por infração de obrigação principal ao apelo de equidade.

Com relação as considerações doutrinárias feitas pelo autuado sobre princípios de direito, destacando o princípio do devido processo legal; da ampla defesa e do contraditório, observo que, com exceção da infração 04, os fatos descritos no corpo do Auto de Infração, em relação às infrações 01, 02 e 03, estão em perfeita sintonia com os dispositivos da legislação tributária, notadamente do Regulamento do ICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, descritos no enquadramento de cada infração, e em momento algum, tais disposições regulamentares, impediu o contribuinte de exercer a ampla defesa o contraditório, ressaltando-se que para fins de definição da norma aplicável a fiscalização deu cumprimento ao citado Regulamento, cujos artigos são originários de norma complementar, lei, convênios, tratados, etc.

Desse modo, tendo em vista que o lançamento obedeceu ao devido processo legal, haja vista que inexistente dissonância entre a descrição dos fatos, embasamento legal, e demonstrativo de apuração do débito, rejeito as preliminares argüidas na defesa fiscal por não se enquadrar o pedido do contribuinte em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99, e passo a analisar o mérito da lide.

No que tange à infração 04, conforme está descrito no auto de infração, a imputação é de que ocorreu falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.622,94, em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios.

Na informação fiscal foi esclarecido que a exigência fiscal diz respeito a falta de recolhimento do ICMS declarado na DMA relativo ao mês de junho de 2007.

No compulsar dos documentos às fls.86 a 92, verifíco no Resumo de Apuração do Imposto do RAICMS, fl.87, que foi escriturado, no mês 06/2007, como débito o valor de R\$ 1.622 94, e como crédito o valor de R\$ 627,70, resultando no imposto a recolher de R\$ 995,24. Na DMA, fl.88, referente ao mesmo período, não foi informado nenhum valor de saídas, mas somente um saldo credor de R\$ 627,70. Na folha 89, consta uma observação no RAICMS que o valor de R\$627,70 se refere a transferência de saldo credor da NF 15559.

Diante disso, constato a existência de vício formal no procedimento, em relação ao item em comento, eis que, falta certeza e segurança ao lançamento, isto porque, no auto de infração acusa que o imposto foi exigido em razão de divergências entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais, e na informação fiscal foi dito que a exigência fiscal é concernente a falta de recolhimento do imposto declarado na DMA. Pelo que foi comentado anteriormente, o autuado, neste item, realmente não sabe de que se defender, tendo o seu direito de defesa cerceado. Item nulo. Represento a autoridade fazendária para programar nova ação fiscal visando o lançamento a salvo de falhas.

Ante o exposto, rejeito as nulidades argüidas, e no mérito voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, com a exclusão do débito referente à infração 04.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.0023/08-0**, lavrado contra **CASA MERCURY LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 10.160,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.614,49 e de 70% sobre R\$8.546,02, previstas no artigo 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR