

A. I. N° - 295898.0012/09-0
AUTUADO - YAKULT S/A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - PAULIDES FERNANDES OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET 26.04.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0078-05/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Descumprimento de obrigação acessória. Penalidade reduzida para R\$ 50,00. Adequação da multa às disposições da lei do ICMS e à reiterada jurisprudência do CONSEF. Infração de natureza continuada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DE REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração mantida. Exercício de 2005. Inexistência de prova em contrário que elida a imputação fiscal. 2. 3. 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. Exercício de 2005. Constatada diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação ou se ainda se encontram em estoque, deve ser exigido o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e o imposto por antecipação de responsabilidade do próprio sujeito passivo. Infrações não elididas pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 18/12/2009, para exigir ICMS e multa, no valor total de R\$ 22.224,00, em razão das imputações abaixo descritas.

INFRAÇÃO 1 – Omissão de saídas de mercadorias isentas e ou não tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercício fechado (exercícios de 2005 e 2006). Conforme Demonstrativo de Estoques, parte integrante do Auto de Infração. Valor da multa: R\$ 100,00.

INFRAÇÃO 2 – Falta de recolhimento do ICMS constado pela ap
entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o impost
expressão monetária – a das operações de entrada – com base na pr

passivo, ao deixar de contabilizar entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício. (exercício de 2005). Conforme Demonstrativo de Auditoria de Estoques, parte integrante do Auto de Infração. Valor do ICMS: R\$ 21.903,05.

INFRAÇÃO 3 – Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (exercício de 2005). Valor do ICMS: R\$ 157,82.

INFRAÇÃO 4 – Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, 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 documento fiscal, decorrente de omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado (exercício de 2005). Valor do ICMS: R\$ 63,13.

O contribuinte apresentou defesa às fls. 154 a 165 dos autos. Após descrever todo o procedimento fiscal, ressaltou que o levantamento quantitativo efetuado pela autoridade fiscalizadora não demonstra a real situação dos fatos, visto que as operações descritas no presente auto se encontram devidamente registradas e lançadas nos livros fiscais com o correspondente pagamento do imposto. Disse que em nenhuma hipótese incorreu em omissões de entradas e que o agente do fisco não demonstrou nos autos quais as notas fiscais que deixaram de ser escrituradas nos livros próprios, inexistindo assim condições de se demonstrar se houve a operação apontada na peça acusatória ou a prática de “omissões de entradas” ou mesmo omissões de saídas.

Frisou em seguida que a empresa somente comercializa produtos de fabricação própria e que o levantamento fiscal efetuado com base nas informações do SINTEGRA não considerou as entradas de mercadorias recebidas de outro Estado da Federação. Juntou ao PAF documentos por amostragem (notas fiscais e cópias dos registros efetuados nos livros de controle do ICMS). Requereu a realização de diligência para fins de comprovar as suas alegações.

Argumentou que o levantamento fiscal em combate não atendeu o princípio da verdade material e que a autuante se baseou em mera presunção, já que ignorou toda a farta documentação apresentada pela empresa. Alegou também a existência de cerceamento ao direito de defesa e de ofensa ao princípio do contraditório. Pediu a nulidade de todo procedimento. Transcreveu na peça defensiva lições doutrinárias do prof. Roque Antonio Carraza acerca dos princípios que norteiam a lançamento tributário de ofício. Destacou que o devido processo exige que exista certa relação substancial e razoável entre a lei, a salubridade, a moralidade e o bem estar, fazendo menção à regra de equilíbrio conveniente ou de racionalidade das relações substanciais.

Fez também transcrições de ensinamentos do jurista Samuel Monteiro, na obra Tributos e Contribuições – Tratado Teórico e Prático – Tomo III, Editora Hemus, para reiterar que o Auto de Infração. Lavrado, com base em presunções não corresponde às exigências do nosso sistema jurídico para a produção válida e eficaz de atos administrativos fiscais.

Mais à frente destacou e fez citações de acórdãos judiciais que anularam procedimentos fiscais por ausência de prova da materialidade do fato apontado na acusação.

Por fim, reiterou o pedido de realização de diligência para fins de comprovar as alegações esboçadas na peça de defesa. Requereu também o direito de apresentar sustentação oral, conforme direto que é conferido pelo Regimento Interno da SEFA solicitando que o presente Auto de Infração seja declarado nulo ou

Na informação fiscal a autuante declarou, inicialmente, que o pedido de nulidade formulado na inicial não deve ser acolhido visto que não houve transgressão aos dispositivos do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, fez observar que a peça de defesa não foi instruída com provas ou fatos que fossem capazes de elidir a acusação fiscal. Disse ser pueril o argumento de que o processo deixou de ser lastreado com a demonstração das notas fiscais que deixaram de ser escrituradas pelo contribuinte em seus livros, razão pela qual concluiu que a autuada não percebeu que a ação fiscalizadora baseou-se na auditoria dos seus registros e notas apresentadas, adotando-se a metodologia da contagem dos estoques por espécies de mercadorias.

No tocante à alegação de que não foram consideradas as entradas de mercadorias recebidas de outros Estados da Federação, frisou que o reclamo não procede, visto que todas as notas fiscais apresentadas foram incluídas no levantamento e que o contribuinte não informou quais as notas fiscais deixaram de ser consideradas na auditoria, sendo inócua e desprovida de provas das alegações defensivas.

Quanto ao pedido de diligência afirmou que o contribuinte não demonstrou nenhum fato capaz de modificar o lançamento, motivo pelo qual entende ser descabida a remessa dos autos para a revisão de todo o procedimento.

Ao finalizar requereu a manutenção “*in totum*” do Auto de Infração.

VOTO

De início, cabe apreciar os pedidos de decretação de nulidade do Auto de Infração por ofensa aos princípios da verdade material, contraditório e direito à ampla defesa, suscitados pelo sujeito passivo.

Não vislumbro neste processo os alegados vícios. A reclamação defensiva não procede, isto porque, conforme foi corretamente frisado pela autuante, o levantamento fiscal teve como ponto de partida as informações e declarações prestadas pelo contribuinte ao fisco em seus arquivos magnéticos, que refletem, salvo demonstração em contrário, os dados da sua escrituração. Exatamente neste ônus de provar a desconformidade da acusação com os dados da escrita, reside a presunção relativa em favor do Estado-fisco, visto que caberia à impugnante, no exercício do contraditório, apontar os equívocos materiais do levantamento quantitativo de estoques.

Por outro lado, as diferenças apuradas no Auto de Infração se encontram detalhadas nos demonstrativos que integram a peça acusatória, inexistindo o alegado cerceamento impeditivo do exercício do direito de à ampla defesa. Portanto, as falhas processuais citadas pela reclamante não se verificaram. O procedimento fiscal se encontra em total conformidade com a legislação do processo administrativo tributário, não estando presentes as hipóteses de invalidade contidas no art. 18 do RPAF/99.

Entendo também não ser necessária a realização de diligências saneadoras para a solução da presente lide administrativa, visto que a documentação apresentada no curso da instrução processual é suficiente para a formação do convencimento desta corte julgadora. Há, portanto elementos de prova em abundância que servem à elucidação das questões postas pelas partes, conforme será detalhado no exame de mérito da autuação.

Nas questões de ordem substancial melhor razão não assiste à defesa. Conforme foi destacado na informação fiscal a peça de defensiva não foi instruída com nenhuma prova ou fato que fosse capaz de elidir as acusações. Ademais o argumento de que o processo deixou de ser instruído com a demonstração das notas fiscais que não foram escrituradas pelo contribuinte em seus livros é descabido, revelando que a autuada não percebeu que a auditoria dos seus registros fiscais e notas apresentadas, adotando-

física dos estoques por espécies de mercadorias, a partir da documentação apresentada no curso do procedimento.

No tocante à alegação de que não foram consideradas as entradas de mercadorias recebidas de outros Estados da Federação, também não procede o reclamo da empresa, visto que todas as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte foram incluídas nos demonstrativos que serviram de lastro probatório para o lançamento. Ademais, o impugnante não informou quais as notas de compra ou de venda deixaram de ser consideradas na auditoria fiscal, sendo inócua e desprovida de provas as afirmações defensivas.

Passaremos agora ao exame detalhado de cada item que compõem o Auto de Infração.

Verifica-se, no tocante à primeira imputação, que a fisco exige multa em razão de ter sido apurado, no levantamento quantitativo de estoques, saídas de mercadorias isentas ou não tributas sem emissão de documento fiscal. De fato, ficou caracterizada a omissão apontada na peça inaugural do processo, tendo o autuante aplicado a multa prevista no art. 42, inc. XXII, para cada exercício fiscal, totalizando a cifra de R\$ 100,00 (R\$ 50,00 por exercício – anos de 2005 e 2006). Todavia, este dispositivo legal não estabelece que a penalidade seja graduada para cada período fiscal. Nos termos da letra da lei, não importa quantas ocorrências sejam detectadas. A infração é uma só. É o denominado delito continuado, em que há ofensa apenas a um bem jurídico. Invoco assim a aplicação da jurisprudência dominante deste CONSEF, a exemplo da Decisão contida no Acórdão nº 0335-04/07 que reflete esse entendimento e reduziu a penalidade, de ofício, para R\$ 50,00.

No que se refere à infração 2, pertinente ao levantamento quantitativo do exercício de 2005, em que foi apurada omissões de entradas de mercadorias tributadas, não vislumbramos razões para acatar os argumentos defensivos. Reiteramos, mais uma vez, que o levantamento fiscal, levado a efeito pela autoridade fiscalizadora, tomou por base os estoques iniciais e finais, as entradas e as saídas, conforme foi escriturado pelo sujeito passivo nos seus livros e declarado nas informações geradas nos arquivos magnéticos. Na infração em análise a acusação é de justamente a empresa não ter promovido o registro, em sua escrita das entradas de mercadorias elencadas nos demonstrativos de servem de lastro probatório do lançamento de ofício, situação que revela que os pagamentos daquelas aquisições foram efetuadas com receitas de omissões de saídas de outras mercadorias. Essa situação, frente à Lei nº 7.014/96, em seu art. 4º, § 4º, cujo comando é reproduzido no RICMS/97 (art. 2º, § 3º, inc. IV), configura infração do ICMS, por presunção de omissão de saídas, visto que, conforme dito acima, o não registro das aquisições importa em se concluir que os pagamentos das mesmas também não foram levadas à registro, revelando que há receitas omitidas que suportaram aquelas aquisições. Estas receitas são consideradas pela lei, originárias de saídas de mercadorias tributadas também não levadas à registro na escrita fiscal/contábil.

Jugo o item 2 precedente.

Em relação à infrações 3 e 4, contestadas pelo contribuinte de forma agrupada com o item 2, não vislumbramos também razões para acatar os argumentos da defesa. As exigências fiscais em destaque se referem às omissões das mercadorias sujeitas ao regime da antecipação tributária apuradas no levantamento quantitativos de estoques. Em razão dessa sistemática de apuração do ICMS ser diferenciada, o imposto foi quantificado de forma separada, envolvendo a solidariedade e a substituição tributária propriamente dita.. O contribuinte, em relação as omissões de entradas dos produtos sujeitos à antecipação, também não carrou ao processo provas que de fato elidissem a acusação. O autuante por sua vez, voltamos a reiterar, se valeu das informações fiscais prestadas pelo próprio sujeito passivo, razão pela qual somente o impugnante poderia contraditá-las. Como não foram apresentadas provas em contrário, as infrações 3 e 4 devem ser mantidas sem qualquer desnecessário, em relação a estas imputações, remeter o processo

ônus probatório é do sujeito passivo, conforme de deduz das disposições contidas nos arts. 142 e 143 do RPAF/99 e art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, procedendo tão somente à redução da multa exigida na infração nº 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **295898.0012/09-0**, lavrado contra **YAKULT S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.124,00**, acrescido das multas de 70%, sobre R\$22.060,87, e de 60%, sobre R\$63,13, previstas no art. 42, incisos III e II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$ **50,00**, prevista no art. 42, inc. XXII, do mesmo diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA