

A. I. Nº - 206881.0007/12-6
AUTUADO - MRC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.
AUTUANTE - EUGÊNIA MARIA BRITO REIS NABUCO
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET - 09.07.2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-01/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No presente caso, a tributação recaiu sobre a diferença de maior expressão monetária, a de saídas tributadas. Infração subsistente. 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. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Infrações 03 e 04 subsistentes. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO RELATIVO A SERVIÇO DE TRANSPORTE NÃO VINCULADO A OPERAÇÃO SUBSEQUENTE TRIBUTÁVEL PELO IMPOSTO. b) MATERIAL DE USO E CONSUMO. c) SAÍDAS SUBSEQUENTES EFETUADAS COM NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações subsistentes. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. EXIGÊNCIA DO ICMS. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração caracterizada. Rejeitada a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/12/2012, formaliza a constituição de crédito tributário no valor de R\$12.092,93, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem 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 no exercício de 2008, levando-se em conta, para cálculo do imposto o maior valor monetário – o das saídas tributadas - sendo exigido ICMS no valor de R\$10.149,38, acrescido da multa de 70%;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a maio de 2008, sendo imposta multa no valor de R\$187,64, correspondente ao percentual de 10% do valor comercial das mercadorias;

3. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de outubro e novembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$459,53, acrescido da multa de 60%;
4. Recolheu a menos ICMS em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de março e setembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$681,70, acrescido da multa de 60%;
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a serviço de transporte interestadual ou intermunicipal não vinculado a operação com mercadorias com saídas subsequentes tributadas, nos meses de março e outubro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$8,88, acrescido da multa de 60%;
6. Uso indevido de crédito fiscal de ICMS – mesmo tendo sido emitida a Nota Fiscal com lançamento de imposto – em operação interestadual de aquisição de brindes – sem dolo, nos meses de setembro e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$369,17, acrescido da multa de 60%;
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro e maio de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$66,07, acrescido da multa de 60%;
8. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com não incidência do imposto, nos meses de maio, junho, setembro e dezembro de 2008, sendo exigido ICMS no valor de R\$170,56, acrescido da multa de 60%.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, apresentou defesa (fls. 125 a 134), arguindo a nulidade do Auto de Infração por ausência de requisitos substanciais, no caso pelos requisitos indicados nos incisos III, VII e VIII do art. 39 do RPAF/99.

No que tange ao inciso III do referido artigo, pela ausência de descrição clara do fato, bem como das circunstâncias que motivou a autuação. Quanto ao inciso VII, porque não existe qualquer informação acerca das situações em que o débito poderá ser pago com multa reduzida. Com relação ao inciso VIII, por não conter o Auto de Infração informação acerca da repartição fazendária onde o processo está aguardando defesa ou pagamento.

Rechaça a infração 01, sustentando a sua improcedência, por não restar comprovado no Auto de Infração a omissão de saída de mercadorias tributáveis.

Alega que para o cálculo do imposto foi levado em conta o maior valor monetário das saídas tributáveis, e que o correto seria o preço médio das saídas.

Alega ainda que deveria ter sido analisado o balanço anual da empresa para apurar se no período fiscalizado houve prejuízo para a comprovação de omissão de saídas decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas.

Apresenta o seu inconformismo sobre a multa de 70%, afirmando que esta é uma penalidade que deve ser graduada em função da gravidade da infração, e que apesar de estar prevista em lei, deve seguir os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade, sendo que a multa exigida no Auto de Infração é ilegítima e inválida, devendo ser anulada, ferindo também o Princípio da Capacidade Contributiva.

Invoca ainda o Princípio do Não Confisco, reproduzindo o art. 150, inciso IV, da Constituição Federal. Cita e transcreve posição doutrinária de Sampaio Doria e Sacha Calmon Navarro Coelho.

Sustenta que a autuação foge ao razoável quando impõe a aplicação de 70% sobre o valor do imposto. Diz ser este o entendimento do Supremo Tribunal Federal, reproduzindo decisão nesse sentido.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração ou, no mérito, a sua insubsistência.

A autuante prestou informação fiscal (fls.152 a 156) registrando que o autuado reconheceu as infrações 02 a 08 e impugnou a infração 01

Contesta a arguição de nulidade, afirmando que a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, tendo sido obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que obteve as peças necessárias a sua defesa, bem como foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais.

Afirma que da análise de todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, verifica-se que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS/97 e com o RPAF/99. Ou seja, o lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais, pois a sua lavratura obedeceu ao disposto no art. 39 do RPAF/99, e os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos, demonstrativos e documentos fiscais e CD, constantes do processo, necessárias à demonstração dos fatos argüidos, todos entregues cópias a autuada, que exerceu com plenitude a ampla defesa e o contraditório.

Diz que não procede a alegação defensiva de que não consta do processo informação sobre a redução da multa, uma vez que no Demonstrativo do Débito fls. 04 e 05 constam os valores sujeitos a redução, sendo que os percentuais de redução estão previstos no art. 45 da Lei nº 7.014/97, bem como consta do Auto de Infração fl. 03, intimação para que o autuado recolha o débito reclamado ou apresente defesa na Repartição Fazendária da sua circunscrição.

No mérito, rechaça a argumentação defensiva, dizendo que para instruir o presente processo foram anexados aos autos os demonstrativos que detalham a infração cometida, ou seja, o Demonstrativo Auditoria de Estoque - Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas (fls. 39 à 40), o Demonstrativo do Cálculo das Omissões (fls. 41 a 44), os levantamentos analíticos das Entradas, Saídas, Preço Médio das Saídas (fls. 45 a 58), o Demonstrativo do Percentual de Vendas de Mercadorias Tributadas (fl. 59 / 60) e as fotocópias dos Livros Registro de Inventário com os estoques inicial e final (fls. 61 a 71), tendo sido dada cópias ao autuado dos citados demonstrativos. Acrescenta que nos demonstrativos constam especificados e relacionados os produtos, as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais, bem como as quantidades de estoques iniciais e finais.

No que tange ao cálculo do débito da infração, assevera que este foi feito com base no art. 13 da Portaria nº 445/98, no caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, quando a omissão de saídas for maior que a de entradas, deve-se cobrar o imposto relativo às operações de saídas omitidas (art. 60, II “a” e §1º), com multa prevista no art. 5º inc. I, correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas em que a mercadorias houver sido comercializada no período fiscalizado.

Salienta que deixou de verificar a escrita contábil do autuado, tendo em vista que após ter sido intimado por quatro vezes a apresentar os Livros e Documentos Contábeis (fl. 07, 33, 34 e 35) deixou de apresentar conforme Termos de Arrecadação (fls. 36/37) sob a alegação de extravio, conforme Declaração de Extravio de diversos documentos e fotocópias do Boletim de Ocorrência apresentado (fls. 107 a 109) do processo.

Observa que conforme preceitua o art. 8º, IV, § 1º, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, cabe ao contribuinte anexar em sua defesa os meios de prova, para demonstrar a veracidade de suas alegações, o que não o fez por não possuí-las.

Ressalta que o deficiente nada traz que des caracterize o mérito do presente Auto de Infração, pela ausência de prova material.

No que concerne à alegação de que as multas são excessivas, diz que estas foram aplicadas em conformidade com o art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Finaliza mantendo o Auto de Infração.

VOTO

Versa o Auto de Infração em lide sobre o cometimento de oito infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado, dentre as quais este reconheceu as infrações 02 a 08, significando dizer que relativamente a estas infrações inexiste lide. Impugnou integralmente a infração 01.

Inicialmente, no que concerne à argüição de nulidade do Auto de Infração, por ausência de requisitos indicados nos incisos III, VII e VIII do art. 39 do RPAF/99, não há como prosperar a pretensão defensiva, haja vista que a descrição do fato se encontra clara, inexistindo qualquer possibilidade de não compreensão da ilicitude apontada na autuação.

Também nos autos consta o detalhamento sobre a possibilidade de redução da multa se o pagamento for realizado dentro dos prazos indicados, conforme se verifica no “Demonstrativo de Débito” de fls. 04/05. Ademais, mesmo que não constasse nos autos, há que se observar que a previsão de pagamento com redução da multa encontra-se detalhada no art. 45, da Lei nº 7.014/96.

Com relação à falta de informação, no Auto de Infração, acerca da repartição fazendária onde o processo está aguardando defesa ou pagamento, a intimação acostada à fl. 03 dos autos, certamente que se tratando de contribuinte inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS neste Estado, – como é o caso do autuado – sabe qual é a Repartição Fazendária da sua circunscrição. Ademais, a intimação acostada à fl. 03 dos autos, claramente indica a Repartição Fazendária onde o pagamento do débito exigido ou apresentação de defesa na Repartição Fazendária poderão ser feitos.

Dessa forma, não acolho a nulidade arguida, haja vista que o lançamento de ofício em exame foi efetivado em conformidade com a legislação do ICMS - sob o aspecto material - e com total observância do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99 - sob o aspecto formal -, inociorrendo quaisquer das hipóteses previstas no art. 18, do referido RPAF/99, capaz de inquinar de nulidade o Auto de Infração.

No mérito, constato que o trabalho da Fiscalização não merece qualquer reparo, haja vista que os elementos acostados aos autos, no caso, “Demonstrativo Auditoria de Estoque - Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas” (fls. 39 a 40), “Demonstrativo do Cálculo das Omissões” (fls. 41 a 44), os levantamentos analíticos das Entradas, Saídas, Preço Médio das Saídas (fls. 45 a 58), “Demonstrativo do Percentual de Vendas de Mercadorias Tributadas” (fls. 59/60) e as fotocópias dos Livros Registro de Inventário com os estoques inicial e final (fls. 61 a 71), permitem concluir pela omissão de saídas apontadas neste item da autuação, como expressão de maior valor monetário.

Verifico que o autuado recebeu cópias dos demonstrativos acima mencionados, nos quais constam os produtos, as quantidades das entradas e das saídas e o número dos respectivos documentos fiscais, bem como as quantidades de estoques iniciais e finais, contudo, não apontou na peça de defesa qualquer elemento quantitativo ou valorativo com o qual não concordava.

Em verdade, suscitou apenas que para o cálculo do imposto foi levado em conta o maior valor monetário das saídas tributáveis, e que o correto seria o preço médio das saídas, bem como, que deveria ter sido analisado o balanço anual da empresa para apurar se no período fiscalizado houve prejuízo para a comprovação de omissão de saídas decorrente da falta de registro de entradas em valor inferior ao das saídas omitidas.

Conforme dito acima, o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias levado a efeito pela autuante não merece qualquer reparo, pois baseado na legislação do ICMS, especificamente na Portaria nº 445/98 – que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização

de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias – sendo que o seu art. 13, inciso I, assim dispõe:

“Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “a”, e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

II - o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, caso em que:

a) deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas anteriormente realizadas pelo contribuinte sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita, com base no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º);”

No presente caso, o levantamento levado a efeito pela Fiscalização apurou o valor da omissão de saídas maior do que o da omissão de entradas, exigindo corretamente o imposto sobre a omissão de saídas.

Quanto à multa de 70%, saliento que esta se encontra prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, tendo sido indicada corretamente no Auto de Infração.

No que tange à argumentação defensiva de que se trata de multa confiscatória, portanto, inconstitucional, cumpre registrar que é defeso a este órgão julgador administrativo a apreciação de questionamento sobre inconstitucionalidade.

Por derradeiro, cabe consignar que a alegação defensiva de que não foi verificado o balanço da empresa não tem qualquer repercussão sobre o roteiro de auditoria de estoque levado a efeito pela Fiscalização, haja vista que este roteiro é realizado com base na escrita fiscal.

Ademais, apenas a título de registro, observo que na informação fiscal a autuante esclareceu que deixou de verificar a escrita contábil da empresa, tendo em vista que após ter sido intimado por quatro vezes a apresentar os livros e documentos contábeis, o contribuinte não apresentou, sob a alegação de extravio, conforme “Declaração de Extravio” de diversos documentos e photocópias do “Boletim de Ocorrência” acostado às fls. 107 a 109 dos autos.

Diante do exposto, este item da autuação também é subsistente.

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 206881.0007/12-6, lavrado contra **MRC COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$11.905,29**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.755,91 e 70% sobre R\$10.149,38, previstas no art. 42, II, “a”, “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, com os devidos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação tributária acessória, no montante de **R\$187,64**, prevista no inciso IX, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios, conforme previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

