

**A. I. N°** - 233055.0902/01-7  
**AUTUADO** - DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - SÉRGIO TERUYUKI TAIRA  
**ORIGEM** - INFAZ EUNÁPOLIS  
**INTERNET** - 20. 02. 2002

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF N° 0029-04/02**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. É devido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuada a correção do cálculo do tributo. b) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS CUJO IMPOSTO FOI PAGO POR ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não é cabível a exigência do imposto, porém, em razão do descumprimento de obrigação tributária acessória sem penalidade expressamente prevista, deve ser aplicada a multa indicada no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA COM SAÍDA SUBSEQÜENTE BENEFICIADA COM NÃO INCIDÊNCIA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a aquisição de mercadoria cuja saída subsequente seja beneficiada com o instituto da não incidência. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente e sujeitas ao imposto. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária o ICMS deve ser pago no prazo regulamentar e, quando as mercadorias estiverem arroladas na Portaria nº 270/93, o imposto deve ser pago na primeira repartição fiscal do percurso, neste Estado, conforme legislação vigente à época. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/09/01, exige ICMS no valor total de R\$ 46.712,14, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 15.954,44, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente,

sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas 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, ou seja, o das saídas tributáveis.

2. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 111,25, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado.

3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 22.745,11, referente à aquisição de mercadorias com saídas subseqüentes beneficiadas com não incidência do imposto.

4. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 221,28, no prazo regulamentar, referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no valor de R\$ 7.680,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

O autuado apresentou defesa tempestiva, reconheceu como procedente as infrações 2 e 4 e impugnou as demais com os argumentos relatados a seguir.

Com relação à infração 1, o defendente diz que o autuante deixou de considerar as transferências efetuadas da matriz para a filial.

Quanto à infração 3, o autuado esclarece que, mesmo utilizando os créditos fiscais referentes às aquisições de mercadorias cujas saídas subseqüentes era beneficiadas com a isenção, tributou as saídas dessas mercadorias e, em conseqüência, não usufruiu qualquer benefício.

Relativamente à infração 5, o contribuinte diz que o autuante não considerou os pagamentos efetuados no exercício de 2000, no valor de R\$ 6.381,00, conforme fl. 212. O defendente reconhece como devido apenas o valor de R\$ 1.355,34.

Ao final da defesa, o autuado solicita que o lançamento seja julgado parcialmente procedente.

Na informação fiscal, o autuante diz que a defesa é protelatória, pois o contribuinte não apresenta documentos que sustentem suas alegações.

Referindo-se à infração 1, o auditor fiscal afirma que as transferências foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque e, para comprovar sua assertiva, junta cópias de sete notas fiscais de transferência da matriz para a filial (fls. 216 a 222), as quais constam no levantamento.

No que tange à infração 3, o auditor frisa que o defendente se beneficiou com a utilização indevida de crédito fiscal, pois, além de postergar o pagamento dos débitos tributários, o contribuinte se creditou de imposto destacado à alíquota de 12% nas aquisições interestaduais, ao passo que as mercadorias em questão são tributadas internamente à alíquota de 7%.

Sobre a infração 5, o autuante assevera que não foi cobrada antecipação das compras em que os DAEs lhes foram apresentados.

Ao encerrar a informação fiscal, o autuante solicita que o lançamento seja julgado procedente.

O autuado teve vista dos novos documentos anexados ao processo pelo autuante e lhe foi concedido o prazo de lei para que se manifestasse, porém o contribuinte não se pronunciou.

## VOTO

Da análise das peças e comprovações que integram o processo, relativamente à infração 1, deixo de acatar a alegação defensiva de que o fiscal não considerou as transferências efetuadas pelo estabelecimento matriz, pois o autuado não indicou e nem comprovou quais as operações que deixaram de ser incluídas no levantamento quantitativo de estoques. Por seu turno, o auditor fiscal fulminou o argumento apresentado pelo contribuinte, quando anexou, por amostragem, notas fiscais de transferências do estabelecimento matriz para o autuado (fls. 216 a 222) e que foram incluídas no levantamento quantitativo.

Todavia, analisando o levantamento quantitativo de estoques efetuado pelo autuante, observo que o correto valor do imposto devido referente à omissão de saídas de mercadorias tributadas, considerando o demonstrativo de fls. 9/10, é de R\$ 4.919,21 + R\$ 10.756,66 = R\$ 15.675,87, conforme discriminado a seguir:

- a) Base de cálculo da omissão de saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 17%: R\$ 28.936,55; ICMS devido: R\$ 4.919,21.
- b) Base de cálculo da omissão de saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 7%: R\$ 153.666,62; ICMS devido: R\$ 10.756,66.
- c) Base de cálculo da omissão de saídas de mercadorias tributadas à alíquota de 25% e sujeitas ao regime de substituição tributária: R\$ 1.112,50. Apesar dessas mercadorias estarem com a fase de tributação encerrada, indevidamente, o autuante cobrou imposto sobre essa omissão.

Dessa forma, considero que a infração em apreço ficou parcialmente caracterizada, devendo ser retificado o valor do imposto devido de R\$ 15.954,44 para R\$ 15.675,87.

Acerca da infração 2, apesar do autuado ter acatado como procedente a infração, verifico que a exigência fiscal merece um reparo.

O autuante cobrou imposto referente à falta de retenção e recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, apurada através de levantamento quantitativo. Todavia, nessa situação, de acordo com o art. 5º, III, da Portaria nº 445/98, deve ser aplicada a multa indicada no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96, em razão do descumprimento da obrigação tributária acessória.

Assim, o débito tributário de R\$ 111,25 deve ser excluído da autuação, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 40,00.

Com relação à infração 3, entendo que assiste razão ao autuante, pois as operações de saídas das mercadorias adquiridas pelo autuado e constantes nas notas fiscais relacionadas às fls. 63 e 64 são beneficiadas com a não incidência do ICMS, sendo essa circunstância previamente conhecida pelo autuado. Dessa forma, nos termos do art 91, I, do RICMS-BA/97, a utilização dos créditos fiscais em questão foi indevida, uma vez que era, expressamente, vedada pela legislação.

Não acolho a alegação defensiva de que o procedimento irregular do contribuinte não causou prejuízo ao Estado, pois houve postergação do pagamento do imposto devido. Além disso, o autuado não trouxe aos autos provas de que ele, efetivamente, tributava as operações de saídas das mercadorias em questão.

Caso o autuado tenha se debitado indevidamente nas operações de saídas de mercadorias não tributadas, ele deverá, querendo, solicitar a restituição do indébito, conforme previsto na legislação tributária estadual.

Em face do exposto, entendo que a infração em questão está caracterizada e é devido o valor cobrado na autuação.

Quanto à infração 4, o autuado acatou a exigência fiscal, a qual está devidamente caracterizada e é procedente.

No que tange à infração 5, o autuado alega que diversos pagamentos efetuados a título de antecipação tributária, realizados durante o exercício de 2000, não foram considerados pelo autuante e, como prova, anexou um extrato do SIDAT à fl. 212. Por seu turno, o autuante assegura que não cobrou ICMS referente às aquisições em que o autuado apresentou os DAEs respectivos.

Tendo em vista que não é possível correlacionar os pagamentos que constam no extrato do SIDAT com os débitos cobrados nesta autuação, que inclusive não há coincidência de valores, considero que o documento apresentado pelo contribuinte à fl. 212 não comprova o pagamento de parte do imposto cobrado na presente autuação, como deseja provar o defendente.

Entendo que para elidir uma parte ou a totalidade da acusação é necessário que o autuado apresente os DAEs referentes às notas fiscais relacionadas pelo autuante à fl. 183, ou que apresente comprovante de pagamento que permita estabelecer uma correlação entre as notas fiscais e os recolhimentos efetuados.

Portanto, considero que a infração está caracterizada e que é devido o valor cobrado na autuação.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 46.322,32 mais a multa no valor de R\$ 40,00.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233055.0902/01-7**, lavrado contra **DISTRIBUIDORA SÃO JOÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 46.322,32**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 15.897,15 e 60% sobre R\$ 30.425,17, previstas, respectivamente, no art. 42, III, VII “a”, II, “d”, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais a multa no valor de **R\$ 40,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7014/96, modificada pela Lei nº 7753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - RELATOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR