

**A. I. N°** - 232957.0001/02-0  
**AUTUADO** - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - CARLOS ANTONIO ALVES NUNES  
**ORIGEM** - INFAZ SERRINHA  
**INTERNET** - 08/05/2002

### 3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0137-03/02

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração parcialmente comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração comprovada. 3. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS. CMV NEGATIVO. Presunção legal de que ocorreram saídas anteriores de mercadorias não contabilizadas que geraram receitas para a aquisição de mercadorias também não contabilizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração de 31/01/2002, exige ICMS no valor de R\$ 3.801,95, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 222,36;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, 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, no valor de R\$ 606,43;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas. Saídas omitidas por presunção com base em CMV negativo, no valor de R\$ 2.973,16;

O autuado tempestivamente ingressa com defesa, fl. 35, contesta em parte a autuação com os seguintes argumentos:

1. Reconhece em parte a acusação no que diz respeito aos recolhimentos referentes aos meses de junho/97, junho e setembro/98.
2. Diz que recolheu o ICMS nos prazos regulamentares, relativos aos meses de novembro e dezembro/98.
3. Aponta que no item 3 da autuação, houve realmente um custo negativo de R\$ 2.025,63 que aplicando-se a TVA de 20% perfaz o montante de R\$ 2.430,76 e ICMS de R\$ 413,23, valor que reconhece como devido;
4. No que se refere ao item 2, alega que está amparada pelo art. 355, III e IV do RICMS/97, vez que adquire tintas para pintura das carrocerias que fabrica e também das que reforma como prestadora de serviços.

O autuante presta informação fiscal, fls. 44 a 45, e com relação à infração 2, aduz que grande parte das notas fiscais de venda a consumidor, emitidas no período fiscalizado, constam na discriminação das mercadorias diversas saídas de tintas para comercialização. Quanto ao item 3, diz que o demonstrativo de fl.30 é explicativo, pois partindo das saídas líquidas no valor de R\$ 18.556,26 (fl.28), e considerando uma MVA de 20% estima-se o valor do custo das saídas omitidas de R\$ 17.489,18, que aplicada a alíquota de 17% gera o débito de R\$ 2.9773,16. Mantém o Auto de Infração na íntegra.

## VOTO

Na infração 1 decorrente da falta de recolhimento do ICMS lançado nos livros fiscais, o autuado reconhece os valores relativos aos meses de junho/97 e de junho e setembro de 1998 e não se manifesta quanto ao débito de janeiro de 97, sendo devido este valor. Entretanto, traz aos autos o comprovante do pagamento relativo aos meses de novembro e dezembro de 1998, devendo ser excluídas estas parcelas do lançamento.

Quanto ao item 2, decorrente da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes do estado de São Paulo, nos exercícios de 1997 e 1998, o autuado em sua defesa invoca o art. 353, incisos III e IV, com o intuito de negar a responsabilidade pelo pagamento do tributo ora exigido, os quais reproduzo a seguir:

*Art. 355. Não se fará a retenção ou antecipação do imposto nas operações internas, nas aquisições de outra unidade da Federação ou do exterior e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, quando a mercadoria se destina*

*I - .....*

*II - .....*

*III - a estabelecimento industrial, inclusive microempresa e empresa de pequeno porte que se dediquem à atividade industrial, para utilização como matéria-prima, produto intermediário ou material de embalagem;*

*IV - a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos Municípios, sendo a mercadoria destinada a emprego na prestação de tal serviço, a menos que haja indicação expressa de lei complementar acerca da incidência do ICMS nos fornecimentos a serem efetuados pelo prestador;*

O diploma regulamentar acima, refere-se às mercadorias destinadas a estabelecimento industrial (inciso III), e a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza definido em lei complementar como de competência tributária dos municípios (Inciso IV). O autuado tem como ramo de atividade o comércio varejista, não se enquadrando em nenhuma dessas hipóteses excludentes da retenção ou da antecipação tributária.

Portanto a responsabilidade do ICMS exigido neste item do Auto de Infração é do contribuinte autuado, não havendo razão para se eximir do seu pagamento. Concordo com a exigência fiscal.

No item 3, através da Auditoria da margem de valor Agregado (MVA), o autuado detectou CMV negativo na Conta de Mercadorias. A constatação de CMV negativo é uma impossibilidade contábil, levando à presunção de que ocorreram saídas anteriores de mercadorias não contabilizadas que geraram receitas para adquirir mercadorias também não contabilizadas. Detectada esta irregularidade na Conta de Mercadorias, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, conforme dispõe o § 3º, IV do art. 2º do RICMS/97, estando portanto correta a exigência fiscal, cujo cálculo do ICMS está em conformidade com o entendimento exarado em Pareceres da ASTEC/CONSEF.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232957.0001/02-0**, lavrado contra **MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 3.671,05**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50%, sobre R\$ 91,46, de 60% sobre 606,43 e de 70% sobre R\$ 2.973,16, previstas no art. 61, II, “d”, da Lei 4.825/89 e no art. 42, I, “a”, II, “d”, III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR