

A. I. Nº - 281077.0003/01-9
AUTUADO - M S ENGARRAFADORA E TRANSPORTES LTDA.
AUTUANTE - ANDREA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 06. 08. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0262-04/02

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. **b)** FALTA DE RETENÇÃO. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS EM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença nas quantidades de saídas de mercadorias, constitui em comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Efetuada a correção no cálculo do imposto. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença nas quantidades de entradas de mercadorias, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infrações caracterizadas no tocante aos itens 1, 2 e 3-b, e parcialmente comprovada no que diz respeito ao item 3-a. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/03/2001, exige ICMS no valor de R\$89.694,59, em razão das seguintes irregularidades:

1. Reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado;
2. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas;
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado;
4. Falta de recolhimento do imposto relativo à omissão saída de mercadorias tributáveis, apuradas através de levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado;
5. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurada como nos termos do item anterior.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 666 a 667 dos autos, inicialmente, descreveu as infrações imputadas.

Em seguida, em relação à infração 1, diz que acata apenas o ICMS exigido referente às Notas Fiscais n.ºs. 718 e 719 do mês 01/96, 720 a 727 do mês 02/96, 19 do mês 04/96, 53 do mês 05/96, 161, 164, 165, 168, 173 e 175 do mês 09/96 e 222, 230 e 239 do mês 11/96, no que se refere a recolhimento a menor do ICMS substituído. Como justificativa para o seu acatamento, esclarece que a empresa engarrafou aguardente e vinho até o mês de fevereiro/96 aproximadamente, fato que pode ser comprovado através dos livros de Registro de Entradas e de Apuração do ICMS, onde as mercadorias adquiridas para industrialização estão regularmente escrituradas nos CFOP 1.11 e 2.11, bem como das xerox's das notas fiscais que se encontram em poder da autuante, já que por ser engarrafadora, a empresa é equiparada a indústria, cujo imposto é devido na saída do produto industrializado conforme art. 355, III, do RICMS, oportunidade em que transcreveu os seus teores, em apoio ao alegado.

Ressalta que, diante da dificuldade de se manter no mercado com aguardente engarrafada, em razão da concorrência de outras marcas do sul do país, passou a comercializar por atacado a partir do mês de fevereiro/96, quando a partir daí, só fazia esporadicamente, mediante encomenda. Frisa que passou a comprar aguardente para vender sem modificar sua forma de apresentação, cujos lançamentos das compras era efetuado nos Livros de Entradas e Saídas com os códigos fiscais de operações 1.12 e 2.12. Salienta que, além das provas acima citadas, desde o inventário físico de 1996, as quantidades de estoque final de selos de controle, garrafas, caixas de papelão e rolhas metálicas são as mesmas, além do que não mais adquiriu tais mercadorias no referido período para engarrafamento das bebidas alcoólicas. Sustenta que a autuante incorreu em equívoco ao cobrar o ICMS normal e o devido por substituição tributária pela saída das mercadorias, quando o fato gerador do imposto é na entrada da mercadoria no território do Estado, conforme previsto no art. 352, § 2º, II, enquanto o momento do pagamento do imposto é o constante no art. 125, II, combinado com a Portaria nº 270/93. Assevera, com base nos dispositivos acima citados, que para as operações realizadas pela empresa com aguardente a partir do mês de fevereiro/96, o imposto é devido por antecipação, portanto, quanto ao mérito, a autuação é improcedente, já que foi cobrado imposto pela saída da mercadoria.

Quanto às demais infrações, por não concordar com a autuação, apresentou os seguintes argumentos para contraditá-las:

Infração 2 – Aduz ser improcedente, pois não deu saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, já que a empresa comercializa aguardente, a qual está sujeita ao regime de substituição tributária nos termos da Portaria nº 270/93, cujas saídas subseqüentes através de documentos fiscais será sem o destaque do ICMS conforme disposto no art. 359, oportunidade em que transcreveu o seu teor, para embasar a sua alegação;

Infração 3 - Sustenta ser improcedente, tendo como suporte os mesmos argumentos esposados nas infrações 1 e 2;

Infração 4 - Alega ser improcedente e, como prova, anexa os demonstrativos de estoques juntamente com as cópias dos documentos fiscais. Aduz que a autuante não acertou converter a quantidade de aguardente em caixa com garrafas de 600ML em litros de aguardente, para efeito de contagem de estoque, cuja diferença apontada não existe. Como prova anexa a tabela de conversão de garrafas em litros.

Infração 5 - A exemplo da infração anterior alega a sua improcedência, pois a autuante errou na contagem dos estoques de 1997 e 1998 e, como prova, anexa as xerox's das notas fiscais de compras e de venda, bem como do demonstrativo de estoque, cujos estoques são controlados a cada operação realizada.

Ao finalizar, diante dos fatos acima expostos, requer a procedência parcial da infração 1 e a improcedência das infrações 2 a 5.

A autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 1096 a 1100 dos autos descreveu, inicialmente, as infrações apuradas no presente lançamento fiscal.

Com referência a defesa formulada, diz que as argumentações do autuado são inconsistentes e confusas.

Acerca da infração 1, diz que o autuado acata o ICMS exigido apenas em relação às Notas Fiscais nºs. 718, 719, 19, 53, 161, 164, 165, 168, 173, 175, 222, 230 e 239. Como justificativa, o autuado alegou que diante da dificuldade de se manter no mercado com aguardente engarrafada passou então a comercializar a mesma por atacado, engarrafando esporadicamente, só por encomenda. Sustenta que se a partir de fevereiro/96 o autuado passou apenas a comercializar, por que está até hoje codificado, na classificação Nacional de Atividades Econômica/Fiscal – CNAE Fiscal com o código 1591-1/01 (Fabricação, retificação, homogeneização e mistura de aguardente de cana)? Em seguida, fez as seguintes indagações:

a) Se passou apenas a comercializar, por que as notas fiscais de compras continuaram a ser remetidas com destinação para indústria engarrafadora para o seu devido processamento (produto intermediário) mencionando o art. 355, III, do RICMS/BA. no corpo das respectivas notas fiscais (ver anexo VI –págs. 244 a 323)?

b) Se passou a apenas comercializar, o ICMS é devido na entrada da mercadoria na forma do art. 352, § 2º, II, do RICMS/BA. e por que não realizou a Antecipação Tributária do ICMS? Frisa que o autuado recolheu aos cofres públicos ICMS CONTRIBUINTE SUBSTITUTO DO ESTADO – código de receita 1006 e ICMS ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA – código de receita 1145 (ver anexo I – págs. 31 a 39 e anexo VI – págs. 161 a 274 e 295), procedendo como industrial e não como comerciante, conforme previsto no art. 355, III, do RICMS/BA. Ressalta que conforme Anexo VII, verificou que o autuado emite algumas notas fiscais de saídas com o carimbo “Imposto Pago Antecipadamente”, quando na verdade não fez a antecipação, enquanto que em outras notas fiscais de saídas, o autuado as emite com destaque do ICMS substituição e do IPI, efetuando o recolhimento bem menor do que o devido. Aduz que durante a fiscalização, o autuado foi indagado com relação às atividades da empresa e o momento do recolhimento do ICMS, já que não fazia a sua antecipação, embora desse saídas das mercadorias como se tivesse feito a antecipação, tendo o mesmo informado que se tratava de um equiparado a industrial, o que o desobrigava de efetuar a Antecipação Tributária. Salienta que o autuado, ao comercializar apenas o produto, deveria proceder conforme previsão do art. 352, § 2º, II, do RICMS/Ba, antecipando o valor do ICMS, cujo cálculo conforme planilha anexa, elevaria o valor do imposto devido.

Sobre a infração 2, em que o autuado alega que a exigência fiscal é improcedente, já que não deu saída de mercadorias tributáveis como não tributáveis, uma vez que a empresa ao comercializar a aguardente, que está sujeita ao regime de substituição tributária nos termos da Portaria nº 270/93, emite o documento fiscal sem destaque do imposto em obediência ao disposto no art. 359, diz não proceder. Como justificativa, esclarece que, como já exposto anteriormente, o autuado não fez antecipação alguma, o que é pior, vende as bebidas alcoólicas sem o destaque do ICMS, praticando uma operação tributável como não tributável.

No tocante à infração 3, segundo a qual o autuado diz ser improcedente, utilizando-se dos mesmos argumentos espostos para contraditar as infrações 1 e 2, também não tem fundamento. Frisa que o contribuinte ao se defender confessa ser um infrator, pois ao negar a condição de industrial, deveria efetuar o recolhimento por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao adquirir mercadorias em outros Estados e relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS/BA. Diz que ao não fazê-lo, infringiu o contribuinte o disposto nos arts. 371, I, “a”, 125, I, “a”, c/c o art. 61, todos do RICMS/BA.

Com relação às infrações 4 e 5, em que o autuado diz que houve erro na contagem de estoque, pelo que pede a sua improcedência, esclarece que a defesa é inconsistente, pois não houve tal erro. Sustenta que a diferença do estoque existe, fato que pode ser comprovado nos anexos II, III, IV, V, VI e VII, bem como

no Anexo de Notas Fiscais requisitadas no CFAMT, as quais não foram escrituradas no Livro Registro de Entradas da empresa, motivo pelo qual o inventário escriturado não traduz fielmente a realidade da movimentação dos estoques.

Ao concluir, mantém a autuação em sua inteireza, por ser de justiça.

Por ter a autuante haver anexado novos demonstrativos e cópias das notas fiscais de compras obtidas junto ao CFAMT, o CONSEF encaminhou o PAF a INFAZ-Santo Amaro para dar ciência ao autuado, o que foi cumprido conforme intimação à fl. 1151, a qual foi devidamente assinada pela empresa, no entanto, não se pronunciou a respeito.

Ao analisar o presente PAF, objetivando a sua instrução, este Relator constatou alguns equívocos incorridos pela autuante no levantamento referente às infrações 4 e 5, os quais foram indicados à fl. 1155 dos autos, oportunidade em que foi proposta e aceita pela 4ª JF, a conversão do PAF em diligência a ASTEC para dirimir a controvérsia e, no caso de haver alteração do imposto cobrado, elaborar um novo Demonstrativo do Débito e que fosse dado vistas ao autuado e a autuante para se manifestarem, querendo.

Cumprida a diligência de fls. 1156 e 1157, a Auditora Fiscal designada, através do Parecer de nº 08/2002, após analisar os documentos apresentados pelo autuado, apurou o valor de R\$2.828,18 como omissão de entradas, montante que é inferior a omissão de entradas na importância de R\$103.505,14 apurada no produto “álcool”, referente ao exercício de 1996, conforme demonstrativo à fl. 1159. Por tal motivo, entende que deve prevalecer o valor apurado pelo autuante neste e nos demais exercícios, uma vez que as contestações apresentadas não alteraram o valor original do Auto de Infração.

Foi dado vista ao autuado e a autuante do resultado da diligência da ASTEC, conforme documentos às fls. 1161 e 1162, no entanto, apenas o autuado se manifestou, tendo discordado da sua conclusão, oportunidade em que fez à fl. 1166, as suas considerações a respeito, além de solicitar a revisão dos itens contestados.

Ao retornar a esta 4ª JF, por ter o autuado discordado da conclusão da diligência da ASTEC, foi proposta por este Relator e aceita pelos demais membros, uma nova diligência, no sentido de efetuar as verificações fiscais indicadas à fl. 1252.

A auditora fiscal incumbida da realização da diligência, através do Parecer nº 01442002, disse que após analisar os novos argumentos do autuado às fls. 1165 e 1166, verificou que realmente houve equívocos por parte da autuante, os quais estão indicados às fls. 1254 e 1255.

Ao concluir, diz que elaborou os resumos de estoque referente aos exercícios de 1996 e 1997, com as devidas correções e manteve o valor apurado pela autuante no exercício de 1998, uma vez que não houve contestação por parte do autuado, cujo débito remanescente para as infrações 4 e 5 está demonstrado à fl. 1255, num total de R\$14;838,79.

O CONSEF em despacho à fl. 1161, encaminhou o PAF a INFAZ-Santo Amaro, para dar vista ao autuado e a autuante da conclusão da diligência da ASTEC, o que foi cumprido, conforme ciência dos mesmos às fls. 1161 e 1162, entretanto, não se manifestaram a respeito.

VOTO

Em relação às infrações 1, 2 e 3, para melhor entendimento do assunto, entendo necessário fazer a seguinte ressalva:

O autuado era inscrito no Cadastro do ICMS como empresa engarrafadora de bebidas alcoólicas, portanto, industrial. Nesta condição, não estava obrigada a recolher o ICMS por antecipação tributária relativamente às mercadorias que adquirisse em outros Estados e que fossem enquadradas no regime

de substituição tributária, para serem utilizadas no seu processo de industrialização. Se por acaso, fez alguma aquisição destinada simplesmente a revenda de bebida a granel, não havia condições do fisco identificar a sua destinação quando do ingresso neste Estado, com a finalidade de exigir o imposto por antecipação, nos termos da Portaria nº 270/93. Assim sendo, o autuado poderia não ter conhecimento prévio da destinação que daria àquela mercadoria. Desse modo, não houve recolhimento por antecipação tributária como alegou o autuado, pois não juntou qualquer prova em apoio ao alegado. A seguir, passarei a analisar o mérito da autuação.

Infração 1 – refere-se à retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua defesa, o autuado acatou apenas o ICMS exigido referente às notas fiscais que indicou. Quanto ao imposto das demais notas fiscais, aduziu que engarrafou aguardente e vinho até, aproximadamente, o mês de fevereiro de 1996, fato que pode ser comprovado através dos livros Registro de Entradas e de Apuração do ICMS, onde as mercadorias adquiridas para industrialização estão regularmente escrituradas com o CFOP 1.11 e 2.11. Disse que, pelo fato de ser engarrafadora, equiparada a indústria, o ICMS será pago na saída do produto industrializado, conforme determina o art. 355, III, do RICMS, argumento não acatado pela autuante em sua informação fiscal. Segundo a autuante tal argumento não procede, uma vez que o autuado continua até hoje codificado, na classificação Nacional de Atividades Econômica/Fiscal com o código 1591-1/01, além do que se passou a apenas a comercializar, por que as notas fiscais de compras continuaram a ser remetidas com destinação para indústria engarrafadora? (ver págs. 244 a 323).

Prestadas as informações acima, o meu entendimento é de que foi correto o procedimento da autuante, uma vez que o autuado não elidiu a acusação de não ter efetuado corretamente o cálculo e o recolhimento do imposto devido por retenção.

Infração 2 – diz respeito à falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis.

Como prova da infração, foi anexado aos autos pela autuante às fls. 326 a 350 diversas cópias de notas fiscais de venda de aguardente, além de outras notas, nas quais contam um carimbo de que o imposto foi pago por antecipação.

De acordo com a autuante, o autuado não fez antecipação alguma, o que é pior, vende as bebidas alcoólicas sem o destaque do ICMS, praticando uma operação tributável como não tributável. Assim sendo, considero correta a exigência fiscal, já que o contribuinte não provou o contrário.

Infração 3 – originou-se da falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A exemplo da infração 2, a prova da irregularidade praticada pelo autuado, pode ser constatada verificando as cópias das notas fiscais às fls. 326 a 350 do PAF, além de outras também acostadas, motivo pelo qual mantenho a autuação..

Observei, no entanto, um equívoco por parte da autuante, ao indicar a multa de 150% para a infração acima, quando a correta é a de 60%, prevista no inciso II, “e”, do art. 42, da Lei nº 7014/96, a qual aplico.

Quanto às infrações 4 e 5, cabe-me prestar os seguintes esclarecimentos, antes de emitir o meu voto:

Exercício de 1996 - Foi apurado omissão de entradas de aguardente, bem como de saídas do produto álcool, tendo a autuante cobrado o imposto no valor de R\$17.598,87, sobre a omissão de saídas, por ser a mesma de valor superior ao o da entrada;

Exercício de 1997 - Apurou-se omissão de entradas do produto álcool no valor de R\$25.771,27 e de saídas de aguardente no valor de R\$19.380,00, tendo a autuante exigido o imposto sobre o montante de

maior valor, ou seja, sobre a omissão de entradas, com ICMS devido de R\$4.381,12, calculado na alíquota de 17%;

Exercício de 1998 - Foram detectadas diferenças de entradas do produto álcool e de aguardente, num total de R\$32.322,43, com ICMS devido de R\$5.494,81, calculado na alíquota de 17%.

Prestadas as informações acima, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 4 - De acordo com a última diligência da ASTEC (fls. 1253 a 1255), restou comprovada a omissão de saídas dos produtos álcool e aguardente num total de R\$35.584,58, com ICMS devido de R\$6.046,38;

Infração 5 - Com base na diligência acima, foi apurada as diferenças a seguir:

Exercício de 1997 - Omissão de saídas e de entradas nos valores de R\$19.380,00 e R\$9.720,00, respectivamente, sendo devido o imposto apenas sobre a omissão de saídas, por ser de maior expressão monetária. Desse modo, aplicando-se a alíquota de 17% sobre R\$19.380,00, o ICMS devido importa em R\$3.294,60;

Exercício de 1998 - Não foi detectado nenhuma falha no levantamento quantitativo de estoques. Por tal motivo, a auditora diligente manteve o valor do ICMS de R\$5.494,81 cobrado pela autuante.

Ressalto que, a auditora diligente observou o disposto no art. 13, I, da Portaria nº 445/98,

Como o autuado ao ser intimado pela INFAZ-Santo Amaro conforme documento à fl. 1262, para se manifestar sobre a conclusão da diligência da ASTEC de fls. 1253 a 1255, silenciou a respeito, entendendo que, com tal atitude, aceitou, tacitamente, os valores do ICMS apontados como devidos, com os quais também vou concordar.

Com base na explanação acima, considero parcialmente correta a exigência fiscal, uma vez que as diferenças apuradas, constituem em comprovação suficiente da realização de operações desacobertas de notas fiscais, de uso obrigatório para documentá-las.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$77.061,58.

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 281077.0003/01-9, lavrado contra **M S ENGARRAFADORA E TRANSPORTES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.058,58**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.222,79 e de 70% sobre R\$14.835,79, previstas no art. 42, II, “a” e “e” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR