

A. I. Nº - 278905.0006/00-0
AUTUADO - BREMDY DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - SANDOR CORDEIRO FAHEL
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 18/09/2002

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0306-03/02

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. Foi refeito o levantamento fiscal, reduzindo-se o débito originalmente apontado. **2.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS INIDÔNEOS. DESTINATÁRIO EM SITUAÇÃO CADASTRAL IRREGULAR. Ficou constatado que o destinatário constante nas notas fiscais avulsas é diferente do estabelecimento do autuado. Infração caracterizada. **3.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Não acatadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 29/09/00, para exigir o ICMS no valor de R\$15.462,07, acrescido das multas de 60%, 70% e 100%, em decorrência de:

1. 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 de mercadorias em valor superior ao das saídas omitidas no mesmo período, caracterizando a existência de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o valor das entradas omitidas - exercícios de 1997 e 1998;
2. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis 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 - exercícios de 1997 e 1998;
3. Utilização indevida de crédito fiscal referente a documento falso ou inidôneo – nota fiscal lançada em 09/97, mas que repercutiu no conta corrente apenas em 05/99, uma vez que o contribuinte apresentava saldo credor;

4. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

A repartição fazendária enviou, através dos Correios, duas intimações para que o contribuinte fosse cientificado da autuação, mas como os Avisos de Recebimentos – AR não retornaram à Inspetoria, foi publicado o Edital de Intimação nº 50/2000, no Diário Oficial do Estado de 25 e 26/11/00, e lavrado o Termo de Revelia, tendo em vista que não houve manifestação do sujeito passivo. Finalmente, os autos foram enviados à PROFAZ para inscrição em Dívida Ativa (fls. 84 a 89). Entretanto, a PROFAZ, considerando que a intimação por edital deve ser o último recurso na ordem estabelecida nos artigos 108 e 109 do RPAF/99, retornou o processo à Inspetoria para que o autuado fosse, mais uma vez, intimado para tomar ciência deste Auto de Infração (fl. 91).

O autuado, então, apresentou defesa (fls. 100 a 108), preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento, uma vez que está sendo exigido o imposto, nos mesmos exercícios, com base em omissão de registro de saídas e presunção de omissão de saídas apuradas através de levantamento quantitativo de estoques (infrações 1 e 2). Cita dispositivos do CTN e discorre sobre a definição de fato gerador do tributo.

Alega, ainda, que o Auto de Infração é confuso e inconsistente, sendo-lhe impossível exercer seu direito de defesa.

No mérito, em relação às infrações 1 e 2, afirma que foram cometidos inúmeros equívocos no levantamento fiscal, tendo sido apuradas diferenças de entradas e de saídas relativamente à mesma mercadoria, quantidade de saídas com nota fiscal menor que a real e estoque final menor que o efetivamente escriturado.

Além disso, argumenta que o autuante não acatou as determinações do § 1º do artigo 60 do RICMS/97 e do artigo 13 da Portaria nº 445/98, ao exigir o imposto referente tanto a diferenças apuradas nas entradas como nas saídas de mercadorias.

Aponta detalhadamente os erros do levantamento quantitativo, relativamente a balde plástico, caneca plástica, copos plásticos, bacia canelada, bacia plástica, prato fundo com abas, prato infantil, conjunto para mantimentos, conjuntos de 3, 4 e 6 tigelas, mini caneca plástica, lixeirinha plástica, prato infantil plástico e prato de sobremesa, nos exercícios de 1997 e 1998.

Quanto à infração 3, argumenta que a nota fiscal considerada inidônea não poderia ter repercutido em seu conta corrente fiscal em maio/99, pois, nesta época, já havia encerrado suas atividades e solicitado baixa de sua inscrição. Entende que o autuante deveria ter indicado o mês de maio/98. Ademais, diz que os documentos fiscais considerados inidôneos, foram emitidos pela empresa Hermes Ind. Com. de Plásticos da Bahia e o imposto foi pago antecipadamente, conforme os DAEs quitados em 02/09/97, porque se encontrava com a sua inscrição estadual cancelada no momento da aquisição das mercadorias. Ressalta, ainda, que sua inscrição foi regularizada em 24/09/97, data em que, “visando a regularização de seus estoques e escritas contábil e fiscal”, emitiu as Notas Fiscais de entrada nºs 001, 002 e 003, em substituição às Notas Fiscais Avulsas nºs 116656, 116657 e 116658.

A final, pede a nulidade ou a improcedência do lançamento e a realização de diligência por fiscal estranho ao feito.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 186), afirma apenas que é “indevida a cobrança da infração 2 do demonstrativo de débito, mantidas as demais” e reduz o débito para R\$12.376,13.

Esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência, a fiscal estranho ao feito, para que refizesse o levantamento de estoques (infrações 1 e 2), considerando os argumentos defensivos e à vista dos

livros e documentos fiscais. Quanto à infração 3, foi solicitado ao diligente que verificasse a idoneidade da nota fiscal indicada no lançamento e se a mesma foi substituída por notas fiscais avulsas (fl. 197).

O diligente, mediante o Parecer ASTEC nº 0155/2002, apresentou o resultado de seu trabalho (fls. 198 a 210) aduzindo que:

1. a empresa encontra-se com sua inscrição cancelada e não localizou os sócios nos endereços constantes no documento de fl. 93;
2. examinou os elementos constantes do PAF e refez o levantamento de estoques, com as correções que detalha, chegando à conclusão que houve omissão de saídas superior à de entradas, nos exercícios de 1997 e 1998, com ICMS de R\$1.203,26 e R\$1.344,17, respectivamente;
3. quanto à infração 3, esclarece que as notas fiscais, objeto da presente autuação, foram emitidas por empresa idônea (Hermes Comércio de Plásticos da Bahia S/A), as quais foram substituídas pelas Notas Fiscais Avulsas nº 116656, 116657 e 116658, emitidas em favor do sócio da empresa autuada (Paulo Roberto Pinto Araújo), sendo, posteriormente, emitidas notas fiscais de entradas destinadas ao autuado.

O autuado e o autuante foram cientificados do resultado da diligência (fls. 215 a 217), contudo não se pronunciaram nos autos.

VOTO

Preliminarmente, deixo de acatar as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, tendo em vista que os equívocos porventura existentes no PAF foram retificados quando da realização de diligência por fiscal estranho ao feito, não remanescendo vícios formais que pudessem tornar o lançamento imprestável, a teor do artigo 18, do RPAF/99.

No mérito, da análise das peças e comprovações que compõem o processo, constata-se que o Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS, em razão de irregularidades constatadas em levantamento quantitativo de estoques, em exercício fechado, de acordo com os demonstrativos acostados ao processo, relativamente aos exercícios de 1997 e 1998 (infrações 1 e 2); por utilização indevida de crédito fiscal referente a documento fiscal falso ou inidôneo (infração 3); e por falta de retenção e recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativamente às saídas internas posteriormente realizadas a contribuintes não inscritos (infração 4).

O contribuinte se insurgiu contra as infrações 1 e 2, sob o argumento que teria havido diversos equívocos cometidos pelo autuante e, ademais, foi exigido o imposto relativamente a diferenças de entradas e saídas, nos mesmos exercícios e sobre as mesmas mercadorias.

O diligente designado para conferir o levantamento fiscal confirmou a existência de equívocos e os corrigiu apurando omissão de saídas de mercadorias (infração 2) e o ICMS de R\$1.203,26 e R\$1.344,17, referente a 1997 e 1998, respectivamente, valores que acato, inclusive porque não foram objeto de impugnação pelas partes.

Em relação à infração 3, trata-se de exigência do ICMS por utilização indevida de crédito fiscal referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. De acordo com o relatado na peça defensiva, as mercadorias constantes em Notas Fiscais emitidas por Hermes Comércio de Plásticos da Bahia S/A, situado na Via Urbana, 4700, em Simões Filho – Bahia, inscrição estadual nº 44.996.323-NO, foram apreendidas pela fiscalização e exigido o ICMS por antecipação, pelo fato de o adquirente (o

autuado) estar com sua inscrição no CICMS/BA cancelada no momento da aquisição.

Nessa situação, o RICMS/97 prevê, em seu artigo 191, que “será considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação tributária estadual e, inclusive, à apreensão das mercadorias que detiverem em seu poder, ressalvados os casos em que seja dispensada a inscrição cadastral”.

O artigo 353, I, do mesmo RICMS/97 determina o seguinte:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;

Sendo assim, tendo em vista que o emitente das Notas Fiscais em questão é um contribuinte estabelecido no Estado da Bahia, deveria ter efetuado a retenção do imposto, considerando que o adquirente das mercadorias (o autuado) estava, à época do fato gerador, com sua inscrição cadastral cancelada.

Pelo exame das peças processuais, constata-se que as notas fiscais originárias, emitidas pela empresa Hermes Comércio de Plásticos da Bahia S/A, não estão acostadas ao PAF, nem tampouco o DAE, por meio do qual o autuado assegura que recolheu o ICMS por antecipação, não se podendo determinar se o ICMS foi devidamente pago e em que valor. Por outro lado, as Notas Fiscais Avulsas n°s 116656, 116657 e 116658 (fls. 132, 134 e 130) foram emitidas por preposto da SEFAZ, não identificado, e consta como destinatário o Sr. Paulo Roberto Pinto Araújo, CPF n° 233.898.215-72, não havendo, em nenhum momento, a prova de que as mercadorias constantes nas mencionadas notas fiscais foram efetivamente adquiridas pelo estabelecimento autuado, não obstante o fato de que o seu remetente era empresa idônea.

Para se utilizar do crédito fiscal, o contribuinte emitiu as notas fiscais de entrada n° 001, 002 e 003 (fls. 131, 133 e 135), fundamentadas nas notas fiscais avulsas acima mencionadas.

Entretanto, entendo que o autuado não tem o direito ao crédito fiscal destacado nas referidas notas fiscais avulsas e de entradas conforme relatado acima, tendo em vista que as mercadorias foram enviadas a destinatário diverso, estando correto o débito apurado nesta infração. Deve-se ressaltar que o fato gerador ocorreu em maio/98, uma vez que, nos meses anteriores, o contribuinte apresentava saldos credores de imposto.

Ademais, deve ser retificada a multa indicada, de 100% para 60%, a teor do artigo 42, inciso VII, alínea “a”, da Lei n° 7.014/96.

Quanto à infração 4, o contribuinte não a impugnou, o que implica, a meu ver, a sua concordância tácita com os levantamentos fiscais realizados. Mantida a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração de acordo com o demonstrativo abaixo:

Infração	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base Cálculo Original	Alíquota (%)	Multa (%)	Débito Em R\$
2	31/12/97	09/01/98	7.078,00	17%	70%	1.203,26
2	31/12/98	09/01/99	7.906,88	17%	70%	1.344,17
3	31/05/98	09/06/98	33.976,82	17%	60%	5.776,06
4	30/11/97	15/12/97	303,18	17%	60%	51,54
4	31/12/97	15/01/98	316,76	17%	60%	53,85
4	31/01/98	15/02/98	353,18	17%	60%	60,04
4	28/02/98	15/03/98	449,59	17%	60%	76,43
4	30/03/98	15/04/98	274,00	17%	60%	46,58
4	31/03/98	15/04/98	158,94	17%	60%	27,02
	TOTAL					8.638,95

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 **278905.0006/00-0**, lavrado contra **BREMDY DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.638,95**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$6.091,52 e 70% sobre R\$2.547,43, previstas no art. 42, II, “e”, III e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de setembro de 2002.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR