

**PROCESSO** - A.I. Nº 2329570001/02-0  
**RECORRENTE** - MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA. (MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JF nº 0137-03/02  
**ORIGEM** - INFAZ SERRINHA  
**INTERNET** - 09.04.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0125-11/03

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Modificada a Decisão. Diligência saneadora fundamenta e demonstra a redução do débito reclamado. 2. BASE DE CÁLCULO. OPERAÇÕES COM BASE DE CÁLCULO INFERIOR À DAS ENTRADAS. CMV NEGATIVO. A constatação do CMV negativo na conta Mercadorias, não implica em presunção de omissão de saídas. Súmula nº 4 do CONSEF. Decisão modificada. Infração insubsistente. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. 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, contestando, 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\$ 2.973,16. Mantém o Auto de Infração na íntegra.

A 3ª JF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte 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”.*

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0137-03/02.

Contesta a Decisão da 3ª JJF em relação ao item 2, repetindo que sua atividade não é empresa de comércio varejista, pois foi modificada para indústria em 21/10/91, conforme alteração contratual em anexo, e a própria SEFAZ lhe autorizou os talões de notas fiscais com destaque do IPI de uso exclusivo industrial. Junta notas fiscais com o recolhimento do IPI, para confirmar suas alegações.

Quanto ao item 3, não contesta o CMV negativo e sim o valor da base de cálculo que está sendo cobrada omissão de saídas de mercadorias, uma vez que o CMV negativo é de R\$ 2.025,63, não podendo gerar uma saída de R\$ 17.489,18 e ICMS de R\$ 2.973,16, valor esse superior ao próprio CMV negativo.

Junta documentação e pede o Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Diligência saneadora sugerida pela PROFAZ concluiu que, embora o autuado no momento apresentar-se cadastrada com atividade mista de industrialização e prestação de serviços, constata-se que no período fiscalizado, adquiriu e comercializou tintas, indicando nos documentos fiscais como produtos com ICMS antecipado, bem como registrando no RSM como mercadorias “outras”, sem que comprovasse a efetiva antecipação dos impostos.

O autuado se pronuncia reconhecendo a procedência da autuação do item referente à substituição tributária sobre tintas, e acosta ao PAF os DAEs com recolhimentos correlatos, e ratifica a Improcedência do item 3.

A PROFAZ sugere o retorno do Processo ao diligente, que após analisar as documentações acostadas ao processo, conclui que a empresa recolheu o ICMS por antecipação na maioria dos casos dentro dos prazos legais, exceto a Nota Fiscal nº 2371 de março de 1997 que foi recolhido após à ação fiscal, da mesma forma em relação aos Conhecimentos de Transporte que foram recolhidos na sua maior parte em 24/10/02. Relativamente a Nota Fiscal nº 7695, o ICMS foi retido pelo fabricante.

Após devidamente intimadas as partes para se pronunciarem, e não o fazendo, a PROFAZ emite parecer no sentido de que se cancele o resultado da diligência técnica realizada, pois correto e demonstrado, e se julgue Parcialmente Procedente o Auto de Infração, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

## VOTO

Neste Recurso Voluntário, após a conclusão da diligência técnica realizada pela ASTEC e o não pronunciamento das partes após devidamente intimadas, basicamente nada mais temos para discutir.

Quanto ao item 1 não foi objeto deste Recurso Voluntário, permanecendo o valor do débito em R\$ 91,46.

Em relação ao item 2 cujo valor reclamado foi de R\$ 606,43, a diligência executada demonstrou que foram quitadas dentro do prazo legal, parcelas no valor de R\$ 488,09, e após o prazo legal, parcelas no valor de R\$ 115,35, sobre as quais incidirão multa, correção monetária e acréscimos.

Demonstra também que foi autuado a mais o valor de R\$ 0,83, no mês de fevereiro de 1998, restando um débito a ser reclamado neste item de R\$ 117,51, homologando-se o valor de R\$ 115,35 recolhido após o procedimento fiscal.

O item 3 do procedimento fiscal é NULO, pois ao se apurar CMV negativo, o correto, quando cabível, seria reclamar estorno de créditos fiscais e não omissão de saídas de mercadorias como fez o autuante, indo de encontro ao entendimento deste CONSEF em inúmeros julgados, e a Súmula nº 4 deste órgão julgador, além do que CMV não é fato gerador e sim indício.

Quanto ao item 2, cancelamos o resultado da diligência, e excluimos os valores reclamados efetivamente recolhidos antes do procedimento fiscal.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário para julgar PARCIALMENTE PROCEDENTE o Auto de Infração nº 232957.0001/02-0.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232957.0001/02-0, lavrado contra **MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL LTDA. (MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO ZENEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$208,97**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$91,46, e de 60% sobre R\$117,51, previstas no art. 42, I, “a” e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFZ