

**PROCESSO** - A I Nº - 279757.0021/03-9  
**RECORRENTE** - POLIFER COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURS** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0483-03/03  
**ORIGEM** - INFAZ BONOCÔ  
**INTERNET** - 09.03.04

## 2ª. CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0022-12/04

**EMENTA:** ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. Infração confirmada; **b)** Diferença constatada no cotejo entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração elidida em parte; **c)** Diferença constatada no cotejo entre os valores lançados no livro Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infração caracterizada. 2. 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. Infração comprovada. 3. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE FERRO E AÇOS NÃO PLANOS. Mercadorias não enquadradas no âmbito do Convênio ICMS nº 33/96. Infração caracterizada. Negado o pedido de diligência. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/05/2003, através do qual se exigiu ICMS, no valor de R\$23.306,57, acrescido das multas de 60% e 70%, em razão das infrações abaixo relacionadas:

- 1) “recolheu a menor ICMS em decorrência de desencontro entre o(s) valor(es) do imposto recolhido e o escriturado no livro de Registro de Apuração do ICMS” no valor de R\$40,08;
- 2) “recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Ressaltado o fato do contribuinte haver extraviado o livro Registro de Entradas e apresentado as notas fiscais de entradas no período fiscalizado conforme demonstrativo anexo” no valor de R\$9.807,32;

- 3) “recolheu a menor ICMS em decorrência de divergências entre os valores lançados no livro Registro de Saídas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS” no valor de R\$4,00;
- 4) “falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício” no valor de R\$6.714,88;
- 5) “deixou de recolher o ICMS referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Referente as mercadorias não enquadradas no âmbito do Convênio nº 23/98, conforme demonstrativo anexo” no valor de R\$6.740,29.

O relator da 3ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF), em seu voto, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada, referente à infração 5, uma vez que a fiscalização anexou às fls. 63 a 66 dos demonstrativos, detalhadamente cada nota fiscal que foi objeto da exigência.

Negou, ainda, o pedido de diligência formulado. Fundamentou seu voto baseando-se no inc. I, “a” e “b” do art. 147 do RPAF/99.

No mérito, em relação à infração 1, ficou comprovado nos autos fl. 183, que o autuado só efetuou a opção para o regime SIMBAHIA, em 17/12/98, começando a vigorar a partir de 01/01/99, logo procedeu a exigência em questão.

No que diz respeito à infração 2, as notas fiscais que não foram lançadas pelo autuante deveriam ser abatidas da infração em tela, porém quanto à alegação da divergência do valor do ICMS, o recorrente não anexou nenhum documento que comprovasse sua alegação. Dessa forma consubstanciado no que dispõe o art. 141, do RPAF/99, considerou a infração parcialmente elidida. O valor exigido na infração 2 passou a ser de R\$7.786,21.

Quanto à infração 3, o autuado faz referência às Notas Fiscais nºs 563 e 464, porém não apresentou cópias das mesmas.

Em relação à infração 4, segundo a cópia do livro de Registro de Inventário anexada aos autos às fls. 112, comprovou que o estoque de mercadorias submetidas ao levantamento era zero àquelas datas. Portanto não procederam as alegações da defesa.

No que tange à infração 5, o contribuinte entendeu que o Fisco deveria enumerar as mercadorias que o autuado teria utilizado indevidamente na redução da base de cálculo nas operações com ferro e aços não planos comuns na listagem do Convênio nº 33/96, porém as notas fiscais estavam em poder do autuado. Aduziu, ainda, não ser responsabilidade do Fisco provar que o contribuinte cumpriu os dispositivos do mencionado convênio, uma vez que essa é a obrigação do favorecido.

O relator argumentou que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, pelo que dispõe o art. 143 do RPAF/99.

Portanto, os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, decidiram pela Procedência Parcial do Auto de Infração, no valor de R\$21.285,46, atualizado

monetariamente, acrescido das multas de 60%, sobre R\$14.570,58 e 70%, sobre R\$6.714,88, previstas no art. 42, II, “a” e “b” e III respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e mais os acréscimos moratórios.

Intimado do Acórdão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal, o contribuinte, através de advogado, interpôs Recurso Voluntário, no prazo legal, apresentando as razões a seguir elencadas.

Em relação à infração 1 o recorrente afirmou que não estava inscrito junto a SEFAZ/BA na condição de contribuinte normal de apuração do imposto, mas sim, como Empresa de Pequeno Porte.

O autuado alegou, ainda, que fez sua opção pelo SIMBAHIA em 17/12/1998, fato esse que elidiria, pelo menos em parte, a infração 1, haja vista o período fiscalizado: 01/01/1998 à 31/12/1999, no qual o contribuinte estava enquadrado como SIMBHAIA e não como empresa do Regime Normal de Apuração do ICMS. Destacou, inclusive, que em 16/02/2001 o recorrente apenas reiterou seu pedido de enquadramento, uma vez que já havia sido formalizado em 17/12/98.

No que tange à infração 2, o autuado alegou equívoco cometido pelo fiscal e requereu a total improcedência da infração, pois consistiu em desconhecimento de informações uma vez que o livro de Registro de Entradas foi extraviado pela ocorrência de um sinistro, sobre o qual o contribuinte não deu causa, porém alegou que o fato foi comunicado à repartição fiscal, consoante a determinação do art. 146 inc. I do RICMS e ICMS devido foi recolhido.

A Defesa expôs que o fiscal autuante inexplicavelmente não considerou todos os documentos fiscais, inclusive os anexados na peça defensiva e tal erro foi assumido pelo fiscal autuante às fls. 167/169. Destacou ainda, que existiu confusão no transcorrer de toda autuação já que o valor inicialmente colocado no Auto de Infração foi alterado pelo fiscal autuante em diversas oportunidades, como nas fls. 167/169 ou nas fls. 185/187. Esse fato ensejaria a realização de diligência fiscal.

Quanto à infração 3 o recorrente considerou um excesso do fiscal autuante, uma vez que diante do valor tão pequeno, não poderia ter sido atribuída má-fé do contribuinte na tentativa de lesar o Fisco, pois tratou-se apenas de mero erro formal, por não considerar as Notas Fiscais nºs 563 e 564 de 05/10/1998, escrituradas na página 17 do livro de Registro de Saída.

Na infração 4 o postulante aduz que o fiscal autuante não considerou o livro de Registro de Inventário na sua inteireza, uma vez que não observou o estoque inicial do ano de 1997 e o estoque final de 1998, fato constatado no Demonstrativo de Cálculo das Omissões elaborado pelo Fisco que considerou os itens de estoque inicial e estoque final, na totalidade, “zerados”. Alegou também que o autuante não observou que parte do estoque não foi utilizado para venda simples, mas apenas como insumos de produtos manufaturados, portanto alguns produtos foram adquiridos de uma forma e após transformação, deram saída com outra especificação.

Na infração 5 o sujeito passivo recorre ao princípio em matéria processual que dispõe que “o ônus da prova cabe a quem acusa”. O fiscal autuante não elencou quais as mercadorias que teriam tido sua base de cálculo ilegalmente reduzida dentre a listagem integrante do Convênio nº 33/96, aos quais o contribuinte teria se utilizado indevidamente da redução da base de cálculo.

Diante do exposto o recorrente conclui, requerendo a reforma da Decisão de 1ª Instância, para que o Auto de Infração seja julgado totalmente Improcedente no que se refere às infrações 1, 2, 4 e 5.

A Procuradoria Fiscal (PGE/PROFIS) exarou Parecer nos autos, por intermédio da Dra. Maria Olívia Teixeira de Almeida, observando que as razões trazidas no Recurso Voluntário interposto pelo autuado são insuficientes para provocar a alteração do julgamento recorrido.

A PGE/PROFIS após análise dos autos concluiu que na infração 1 o recorrente encontrava-se na condição de contribuinte do regime normal de tributação, estando provado nos autos no período em referência, ou seja, o exercício de 1998.

As argumentações relativas às infrações 2, 4, e 5 são vazias e há prova nos autos da validade da ação fiscal. Quanto à infração 4, também está provado nos autos que o estoque das mercadorias submetidas ao levantamento era zero. Na infração 5, onde o autuado afirma que o Fisco deveria realizar a prova de que as mercadorias não faziam parte do Convênio nº 33/96, ressaltou que o trabalho fiscal foi realizado baseado nas notas fiscais do demonstrativo de fls. 63 a 66, que concluiu que o recorrente utilizou indevidamente a redução de base de cálculo nas operações com mercadorias não contempladas no Convênio nº 33/96. Portanto, havendo erro do autuante caberia ao contribuinte demonstrá-lo.

A PGE/PROFIS, ao final, opinou pela manutenção da Decisão recorrida e pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário interposto.

#### **VOTO**

Em relação à infração 1, onde se apurou recolhimento a menos do ICMS, o contribuinte afirma que era enquadrado no regime do SIMBAHIA. O fato gerador se verificou no exercício de 1998 e o regime simplificado de apuração só passou a vigorar a partir de 01/01/99. Procede, portanto, a exigência fiscal, pois o ICMS foi apurado pelo regime normal. Acertada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Na infração 2, detectou-se divergências entre valores lançados no livro de Entradas e no livro Apuração do ICMS e o relator da 1ª instância acatou os documentos trazidos pela defesa, ilidindo parte da infração. O valor remanescente da exigência fiscal não foi elidida, pois não apresentadas as provas que apontassem os supostos erros alegados pelo recorrente. Indeferido pedido de diligência, pois ausentes fatos ou provas que demandem a adoção do procedimento revisional. Mantida, também, neste item a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Relativamente à infração 4, em que se apurou omissão de saída de mercadorias, constatada no procedimento de contagem dos estoques, verificou-se que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar entradas de mercadorias efetuando os pagamentos destas com recursos provenientes de operações de saídas sem emissão de nota fiscal. As alegações defensivas de que o fiscal autuante deixou de considerar o livro de Registro de Inventário em sua inteireza, não observando o estoque inicial do ano de 1997 e o estoque final do ano 1998 não tem respaldo, pois anexados aos autos às fls. 112 e 113 cópias de folhas do mencionado livro evidenciado que as mercadorias objeto do levantamento fiscal apresentavam saldo zero naquelas datas. Também não provada a alegação de que parte do estoque é utilizado como insumo de produção. Mantida, portanto, a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Com referência à infração 5, em que se imputa ao contribuinte a utilização indevida do benefício de redução da base de cálculo, referente às mercadorias enquadradas no Convênio ICMS nº 33/96, prorrogado pelo Convênio ICMS nº 23/98, foram anexadas à fls. 91 a 111 dos autos, por

amostragem, diversas notas fiscais enumeradas pelo agente fiscal em seus demonstrativos. Nesses documentos estão discriminadas operações com peças, tubos, chapas e outros itens, não acobertados pelo benefício fiscal previsto nas normas dos Convênios acima mencionados, fato que comprova o acerto da exigência fiscal. O recorrente não contestou o mérito da autuação, evidenciado quais as operações elencadas pelo autuante estariam amparadas pelo benefício da redução da base de cálculo de forma a provar o direito que alega a seu favor. O autuado sequer apontou um erro cometido pelo agente fiscal, de forma que este item é também Procedente, mantendo-se, portanto, a Decisão de 1ª instância.

Assim, face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, ficando inalterado o Acórdão da Junta de Julgamento Fiscal.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279757.0021/03-9, lavrado contra **POLIFER COMERCIAL DE FERRO E AÇO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.285,46**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60%, sobre R\$14.570,58 e 70%, sobre R\$6.714,88, previstas no art. 42, II, “a”, “b” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de fevereiro de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS