

PROCESSO - A.I. Nº 080556.0004/03-8  
RECORRENTE - MOLIZA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.  
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0066-04/04  
ORIGEM - IFEP  
INTERNET - 20/07/04

**1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0202-11/04**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS CERÂMICOS. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao fabricante de produtos cerâmicos a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Fato comprovado. 3. ZONA FRANCA. REMESSA DE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO INTERNAMENTO PELA SUFRAMA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração devidamente comprovada. Não se inclui na competência dos órgãos de julgamentos administrativos a declaração de inconstitucionalidade. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige ICMS no valor de R\$80.164,05, em razão das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do imposto no valor de R\$36.769,59, referente às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado (2000 e 2001).
2. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do imposto no valor R\$ 29.417,83, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurada através de levantamento quantitativo de estoque em exercícios fechado, relativos aos anos de 2000 e 2001.

3. Deixou de recolher o imposto no valor de R\$1.307,09, em virtude de saída de produto industrializado para a Zona Franca de Manaus, com benefício de isenção do imposto sem a comprovação do internamento por parte da SUFRAMA.
4. Deixou de recolher o imposto no valor de R\$ 533,71, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas (fora do estado).
5. Deixou de recolher o imposto no valor de R\$ 6.720,40, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regulamente escrituradas (dentro do estado).
6. Falta de retenção e o consequente recolhimento do imposto no valor R\$ 5.415,43, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

O autuado, às fls. 560 a 573, impugnou o lançamento tributário alegando que através dos Anexos IV a IX, foram efetuados levantamentos quantitativos dos estoques, os quais apresentam inconsistências que maculam o resultado final, distorcendo a realidade das operações, tais como:

- a) DO PREÇO MÉDIO UTILIZADO – aduz que o levantamento do estoque foi realizado a mês a mês, inclusive por tipo de produto, não havendo razão para que o preço médio seja aquele do último mês do ano em curso, entendo que por este motivo o Auto de Infração é nulo.
- b) DA ALÍQUOTA APLICADA – argumenta que tendo o levantamento sido efetuado com a identificação de todas as notas fiscais de saída, a unidade da federação de destino e o código fiscal da operação, é possível separar a parcela das operações sujeitas à alíquota interna de 17% e aquelas sujeitas à alíquotas interestadual de 12%.
- c) DA APLICAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA NAS SAÍDAS – salienta que sobre as supostas operações realizadas sem emissão de documento fiscal, além do ICMS normal exigido com a aplicação da alíquota de 17 %, foi calculado o ICMS devido por substituição tributária, utilizando-se a margem de lucro de 35% e sobre esta, aplicada a tributação de 17%. Assevera que a substituição tem aplicação restrita às operações internas com destino a revenda, não sendo cabível no caso de operações realizadas com não contribuinte do ICMS ou contribuinte que irão utilizar para consumo próprio ou, ainda, em quaisquer operações realizadas para outras unidades da Federação. Assim, em seu entendimento, não poderia ser aplicada a substituição tributária à todas as operações de saída, mas apenas àquelas destinadas à revenda, quando o destinatário estiver localizado no Estado da Bahia.
- d) DA CONCLUSÃO PELA NULIDADE – Diz que diante do acima exposto, resta evidenciado que o Auto de Infração discutido na presente demanda, há que ser considerado nulo por apresentar fatos relevantes que prejudicam consideravelmente o contribuinte, transcrevendo o art. 18 do RPAF/99, para embasa seu argumento, concluindo que está comprovada a insegurança na determinação da infração.

Sustenta que a multa aplicada (70% e 60%) que deveria ter um caráter punitivo, adquire caráter confiscatório, afrontando assim o princípio constitucional da vedação ao confisco, assegurado pela Constituição Federal.

Às fls. 564 a 567 dos autos, o autuado transcreveu entendimento de autores que indica sobre o termo confisco e jurisprudência, dizendo que se faz necessário sua redução.

Alega que o Anexo do Demonstrativo de Débito do Auto de Infração apresenta uma tabela de correção dos acréscimos legais, porém, não explica a fundamentação legal para o cálculo deste acréscimo moratório. Diz que analisando a melhor doutrina e jurisprudência, vislumbra-se a impossibilidade de se aplicar à taxa SELIC com juros moratórios de débitos fiscais, uma vez que os juros de mora nada mais são que uma indenização pelo não cumprimento da obrigação de dar

dinheiro ao Estado, a título de tributo, no tempo certo. Trazendo consigo o caráter compensatório, não sendo razoável que se aplique sobre os débitos tributários taxa de juros eminentemente remuneratória.

Ao finalizar, requer o cancelamento da autuação, alternativamente, pela redução da multa aplicada e pela inaplicabilidade da taxa SELIC como juros moratórios.

Os autuantes, às folhas 579 a 583, ao prestarem a informação fiscal, dizem que o autuado não apresentou defesa em relação às infrações 03, 04, 05 e 06, o que caracteriza o reconhecimento das mesmas.

Quanto as Infrações 1 e 2 apresentaram as seguintes informações:

- a) Esclarecem que as infrações foram apuradas através de Levantamento de Estoque, onde foram consideradas as operações de entradas e saídas de mercadorias e os estoques inicial e final, conforme previsto no art. 936, do RICMS/BA, sendo o preço médio calculado em conformidade com o art. 5º, Inc. I, da Portaria 455, e art. 60, Inc. II, “a”, do RICMS/97.
- b) Que a alíquota aplicada foi à interna, de 17%, conforme art. 50, inc. I, do RICMS/97.
- c) Quanto à substituição tributária – Infração 2 – argumentam que “a menos que o contribuinte apresente documentação que possa comprovar que os destinatários das saídas omitidas, são de outro estado, as saídas internas nas operações da empresa, estão sujeitas à retenção do ICMS.”
- d) Que a multa aplicada está de acordo com a legislação, art. 5º, Inc. II, da Portaria nº 455, e art. 42, II e III, da Lei nº 7.014/96.
- e) Em relação à taxa SELIC, a qual o contribuinte não concorda, salientam que não compete à fiscalização discorrer sobre o assunto. Diz que o Demonstrativo de Débito foi calculado pelo Sistema SEAI, da Secretaria da Fazenda, e, conforme demonstrado, atualizado até 30/09/2003, devendo ser efetuado novo cálculo na data do pagamento, em conformidade com os art. 138-B, II e 139, do RICMS/97.

Ao finalizarem, opinam pela manutenção da ação fiscal.

#### VOTO DO RELATOR DA 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

[...]

*“Inicialmente, em relação a argüição de constitucionalidade das multas aplicadas, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Ademais, as mesmas são as previstas na legislação em vigor.*

*Em relação a nulidade suscitada pelo sujeito passivo, quanto às Infrações 01 e 02, a mesma não pode ser acolhida pelos seguintes motivos:*

1. *Em relação ao preço médio utilizado pelos autuantes – o mesmo atendeu ao previsto na legislação do ICMS em vigor, art. 5º, Inc. I, da Portaria 455, e art. 60, Inc. II, “a”, do RICMS/97, os quais estabelecem que a determinação da base de cálculo deve ser feita em função do preço médio das operações de saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. Assim, no presente caso não poderiam os auditores aplicar outra metodologia para apurar a base de cálculo do ICMS devido.*
2. *Quanto à alíquota aplicada – argumenta o contribuinte que tendo o levantamento sido efetuado com a identificação de todas as notas fiscais de saída, a unidade da federação de destino e o código fiscal da operação, que é possível separar a parcela das operações sujeitas à alíquota interna de 17% e aquelas sujeitas à alíquotas*

interestadual de 12%. Tal argumento é válido para as operações de saída realizadas através de notas fiscais, entretanto o que restou comprovado pelos demonstrativos anexados ao PAF, foi justamente à omissão de saídas sem emissão de notas fiscais, fato que não foi contestado pela defesa. Assim, uma vez que o contribuinte não atendeu a legislação Tributária Estadual e por não ter apresentado nenhuma prova que as omissões foram para outros estados, entendo que a alíquota aplicada pelos autuantes foi a correta.

3. Relativamente a aplicação da substituição tributária nas saídas, o contribuinte argumentou que não poderia ser aplicada sobre o total das omissões, mas apenas sobre aquelas destinadas à revenda, quando o destinatário estiver localizado no Estado da Bahia. Da mesma forma do item anterior, o argumento do autuado não pode ser aceito, pois ao realizar vendas sem notas fiscais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, o contribuinte é obrigado a recolher o ICMS normal e o substituído.

Logo, restou comprovado que o procedimento dos autuantes em relação ao preço médio, alíquota e a substituição tributária, estão revestidos das formalidades legais, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a nulidade da autuação, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.

Ressalto que o autuado não indicou qualquer erro em relação às quantidades consignadas nos levantamentos de entradas, saídas e inventários.

Com base na explanação acima, considero correto o procedimento dos autuantes, estando caracterizadas as infrações 1 e 2.

Quanto às Infrações 3, 4, 5 e 6, o autuado não apresentou qualquer argumento defensivo. Interpreto este silêncio como um reconhecimento tácito das irregularidades, razão pela qual entendo que as mesmas restaram caracterizadas.

Relativamente à utilização da taxa SELIC, esclareço que a mesma encontra-se prevista no Código Tributário de Estado da Bahia, em seu art. 102, § 2º, II, com a redação dada pela Lei nº 7.753, de 13/12/00.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

#### RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão recorrido pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado impetrou o presente Recurso Voluntário, argüindo os mesmos argumentos já apresentados quando da sua defesa inicial, que aqui estão sendo reproduzidos de maneira sintética:

1. Impugna em primeiro lugar a aplicação da alíquota de operação interna para todo o levantamento e pugna pela aplicação de 12% para as operações interestaduais;
2. Pugna, também, para que a Substituição Tributária seja feita apenas quando a remessa de dá para contribuintes nesse estado devendo ser retirada as demais operações não sujeitas a esse regime.

Conclui, requerendo:

- a) Que o E. Conselho cancele o Auto de Infração, face aos vícios formais apresentados e às irregularidades apontadas quanto ao levantamento do débito;
- b) Em não sendo o entendimento requerido no item acima, alternativamente, requer, que a redução da multa aplicada sobre o tributo lançado, em função de seu caráter confiscatório;

- c) Aduz a inaplicabilidade da taxa SELIC como juros moratórios, na atualização do crédito tributário notificado, tendo em vista sua natureza remuneratória, aplicando-se tão somente os juros de 1% ao mês, na forma estabelecida no Anexo do Demonstrativo do Débito;
- d) A produção de todos os meios de prova em direito admitidos, necessários ao deslinde da questão, em especial pericial.

A PGE/PROFIS forneceu Parecer de fl. 618, nos seguintes termos:

[...]

*“Analisando os argumentos recursais, observa-se que em relação aos dois primeiros itens da autuação, onde o recorrente impugna em primeiro lugar a aplicação da alíquota de operação interna para todo o levantamento e ainda quando pugna pela aplicação da alíquota de 12% para as operações interestaduais, e também quando diz que a substituição tributária deve ser feita apenas quando a remessa se dá para contribuintes nesse estado devendo ser retirada as demais operações não sujeitas a esse regime foi de forma clara rebatido pelo julgador de 1<sup>a</sup> Instância, pois efetivamente trata-se de operações com emissão de saídas logo, presumidas que foram realizadas sem tributação o que autoriza o Fisco a cobrar o ICMS antecipadamente de todas as saídas encontradas e com a alíquota de operações de 17%, pois ambas têm fundamento e previsão em lei e estão corretamente postas na autuação.”*

*Em relação às multas incidentes e à aplicação da taxa SELIC que são tratadas pelo recorrente por constitucionais, também a 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal já fundamentou a improcedência destes argumentos*

*Ante todo o exposto, em que pesce o fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à aplicação desse Conselho, as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entendemos que não deve ser provido o Recurso.”*

## VOTO

Dado ao exame dos documentos acostados ao processo Administrativo Fiscal, constatei que quanto aos dois primeiros itens da autuação de forma clara e objetiva, foram rebatidos pelo julgador de 1<sup>a</sup> Instância, que afastou os vícios apontados, assim como, a nulidade suscitada na defesa inicial e novamente perseguidos pela empresa no presente Recurso Voluntário, pelos fundamentos esposados no voto do relator de então e na Decisão exarada pela 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal, não vejo como prosperarem os anseios da empresario recorrente. Assim, os tomo como parte integrante deste voto e os transcrevo em parte:

[...]

1. *“Em relação ao preço médio utilizado pelos autuantes – o mesmo atendeu ao previsto na legislação do ICMS em vigor, art. 5º, Inc. I, da Portaria 455, e art. 60, Inc. II, “a”, do RICMS/97, os quais estabelecem que a determinação da base de cálculo deve ser feita em função do preço médio das operações de saídas praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. Assim, no presente caso não poderiam os auditores aplicar outra metodologia para apurar a base de cálculo do ICMS devido.”*
2. *“Quanto à alíquota aplicada – argumenta o contribuinte que tendo o levantamento sido efetuado com a identificação de todas as notas fiscais de saída, a unidade da federação de destino e o código fiscal da operação, que é possível separar a parcela das operações sujeitas à alíquota interna de 17% e aquelas sujeitas à alíquotas interestadual de 12%. Tal argumento é válido para as operações de saída realizadas através de notas fiscais, entretanto o que restou comprovado pelos demonstrativos anexados ao PAF, foi justamente*

*a omissão de saídas sem emissão de notas fiscais, fato que não foi contestado pela defesa. Assim, uma vez que o contribuinte não atendeu a legislação Tributária Estadual e por não ter apresentado nenhuma prova que as omissões foram para outros estados, entendo que a alíquota aplicada pelos autuantes foi a correta.*

3. Relativamente à aplicação da substituição tributária nas saídas, o contribuinte argumentou que não poderia ser aplicada sobre o total das omissões, mas apenas sobre aquelas destinadas à revenda, quando o destinatário estiver localizado no Estado da Bahia. Da mesma forma do item anterior, o argumento do autuado não pode ser aceito, pois ao realizar vendas sem notas fiscais de mercadorias enquadradas na substituição tributária, o contribuinte é obrigado a recolher o ICMS normal e o substituído.”

*Logo, restou comprovado que o procedimento dos autuantes em relação ao preço médio, alíquota e a substituição tributária, estão revestidos das formalidades legais, não se observando qualquer erro ou vício que possa decretar a nulidade da autuação, em conformidade com o disposto no art. 18, do RPAF/99.*

*Ressalto que o autuado não indicou qualquer erro em relação às quantidades consignadas nos levantamentos de entradas, saídas e inventários.”*

Ademais, na realidade o âmago das questões está centrado na comprovação que houve operações com emissão de saídas logo, presumindo-se que foram realizadas sem tributação o que autoriza o Fisco a cobrar o ICMS antecipadamente de todas as saídas encontradas e com a alíquota de operações de 17%.

No tocante às multas incidentes e à aplicação da taxa SELIC, aduzo que são legais e dentro da legislação pertinente, não sendo válidas às argüições do recorrente.

Observo que os itens da acusação 3, 4 e 5 não foram objetos de questionamentos, tanto na defesa impugnativa, quanto no Recurso Voluntário. Por isso, deixo de tecer quaisquer comentários atinentes.

Diante do exposto, concedo este voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão recorrida.

## **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª 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** o Auto de Infração nº 080556.0004/03-8, lavrado contra **MOLIZA REVESTIMENTOS CERÂMICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$80.164,05**, acrescido das multas de 70% sobre R\$36.769,59 e 60% sobre R\$43.394,46, previstas no art. 42, III e II, “a” e “e”, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de junho de 2004.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÉDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS