

**A. I. N °** - 110427.0003/04-0  
**AUTUADO** - MINA COM DE TINTAS E MAERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.  
**AUTUANTE** - NELIO MANOEL DOS SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABUNA  
**INTERNET** - 12.08.04

#### 1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO JJF N° 0291/01-04

**EMENTA: ICMS. 1-** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal decorrente de aquisição de mercadoria enquadrada no Regime de Substituição Tributária. **2-** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados corresponde a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. **3-** LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **b)** 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. **4-** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Acusação não elidida. Infrações caracterizadas. Rejeitadas as preliminares argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2004, exigir ICMS no valor de R\$6.395,95, acrescido das multas de 60% e 70%, decorrente de:

1. Utilizar crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 160,08, referente a mercadoria (aguarrás) adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária.
2. Deixou de recolher, o valor de R\$206,79, nos prazos regulamentares, ICMS referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente a diversas notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis não escrituradas no livro RSM.

3. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.976,94, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado(2000).
4. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 2.976,94, relativo a operações de saídas de 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 (2001).
5. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 75,20, 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.

O autuado, às fls. 36/40, impugna o lançamento tributário, preliminarmente, arguindo nulidade do Auto de Infração com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99, alegando que o autuante refere-se a dois números de inscrições, a de nº 49.287.055 e a de nº 48.287.055, no documento intitulado de “Auditoria de Estoque – Demonstrativo”, referente aos exercícios de 2000 e 2001, deixando de determinar, com segurança, o contribuinte dito infrator.

Quanto ao mérito, contestou cada infração separadamente:

Infração 01 – Diz que não houve utilização indevida de crédito fiscal, apenas foi dispensado tratamento normal às entradas de aguarrás, em virtude do fornecedor não reter o imposto na fonte, com crédito nas entradas e débito nas saídas, não havendo prejuízo para o Erário Público.

Infração 02 – Aduz que as Notas Fiscais 3 a 8, foram regulamente registradas no livro Registro de Saídas de Mercadorias, como se comprova com cópias do citado livro, à folha 17, bem como as Notas Fiscais de nº 9 e 10, à folha 18.

Infração 03 – Nega a ocorrência da mesma, alegando que houve erro na escrituração do livro Registro de Inventários, ou seja, as mercadorias inventariadas no livro da empresa autuada são de outra empresa, requerendo revisão fiscal para comprovar sua alegação.

Infração 04 – Assevera que é uma invenção, pois o que foi cobrado no exercício de 2000 como omissão de entradas, foi cobrado repetidamente como omissão de saídas no exercício de 2001.

Infração 05 – Diz que os cálculos do autuante estão imperfeitos, ficando também impugnada esta infração.

Ressalta que não há de se falar em procedência da presente autuação, devendo ser condenada à nulidade.

Ao finalizar, requer pela nulidade ou se ultrapassada a preliminar, que o Auto de Infração seja julgado improcedente, que o patrono do autuado seja informado pessoalmente da data do julgamento e que lhe seja reconhecido o direito de perícia e de recurso.

Na informação fiscal, fls. 66 a 69, o autuante prestou os seguintes esclarecimentos:

No pedido de Nulidade – Trata-se de um erro de digitação quando do preenchimento dos referidos formulários, como pode ser observado de forma bem clara. Ao digitar a inscrição da empresa, nos formulários de fls. 58 a 61, ao invés de indicar o número nove, foi digitado o número 8 (oito), situação comum que nada invalida o procedimento fiscal, haja vista os demais elementos identificarem claramente o contribuinte, como: nome da empresa, endereço completo e número do CNPJ do estabelecimento. Assim, corrigindo o lapso, onde se lê: 48.287.055 leia-se:

49.287.055. Ressalta que o equívoco foi apenas em um algarismo, estando o restante da inscrição devidamente correto, não se tratando de duas inscrições estaduais, como alega o autuado.

Salienta que o §1º do artigo 18, do RPAF/99, estabelece que “as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação, não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário...”. Assim, no presente caso trata-se de uma incorreção, estando perfeitamente identificado a natureza da infração, o autuado e o montante do débito, sendo a falha corrigida neste ato, para prosseguimento normal da tramitação do processo.

Infração 01 – Esclarece que a condição de produto incluído no Regime de Substituição Tributária para aguarrás é clara na legislação do ICMS, sendo mencionado no item 16.12, do inciso II, do artigo 353, do RICMS/97. Desta forma, mesmo que não tivesse sido feita a retenção do imposto, jamais o contribuinte poderia utilizar o crédito, ademais, em nenhum momento foi constatado que a saída da referida mercadoria ocorreu com tributação.

Infração 02 – Aduz que o contribuinte não apresentou qualquer prova de que as mercadorias foram registradas.

Infração 03 – Argumenta que jamais o autuado exibiu qualquer prova de que as mercadorias constantes no seu livro Registro de Inventário pertenceriam a outra empresa. Mesmo porque, as mercadorias ali escrituradas, são correlatas ao seu ramo de atividade, conforme se pode constatar nos Demonstrativos de auditoria de Estoques e nas cópias do próprio livro Registro de Inventário acostadas ao processo, fl. 21 a 30.

Infração 04 – Aduz que detectou no exercício de 2000, entradas de mercadorias sem documentação fiscal. Logo, como consta da descrição do fato, ao adquirir mercadorias sem documentação fiscal, o contribuinte utilizou-se de recursos oriundos de vendas anteriormente realizadas, de mercadorias tributadas, igualmente sem emissão de notas fiscais. Assim, primeiro a empresa vendeu mercadorias sem documentação fiscal; segundo, adquiriu mercadorias também sem documentos fiscais, utilizando-se dos recursos oriundos daquelas primeiras saídas.

Já no exercício de 2001, apesar de haver adquirido mercadorias sem notas fiscais no ano anterior, poderia muito bem vendê-las com notas fiscais e recolher o imposto devido nas saídas. Mas não foi o que ocorreu. Apesar de haver adquirido mercadorias sem documentação fiscal, cometeu outro delito, vendendo aquelas mesmas mercadorias também sem notas fiscais e, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto. Agindo assim, pretendeu o autuado adquirir mercadorias e vendê-las sem documentação fiscal, ficando essas operações alheias ao seu movimento mercantil.

Infração 05 – Salienta que o autuado restringe sua alegação apenas em dizer que os cálculos do autuante estão imperfeitos e que a infração é inexistente, mas nada prova em contrário. Os cálculos procedidos pelo autuante estão expostos em demonstrativos às fls. 31 e 32 do PAF.

Ao finalizar, opina pela manutenção da ação fiscal.

## **VOTO**

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que apesar do erro de digitação em um dos números da inscrição do autuado, quando do preenchimento no documento intitulado de “Auditoria de Estoque – Demonstrativo” não é causa para nulidade do Auto de Infração, pois todos os demais dados do contribuinte encontram-se devidamente consignados no referido documento, tais como, razão social, endereço e CNPJ.

Ademais, não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite a decretação de nulidade.

No tocante ao pedido de diligência formulado pelo autuado, o mesmo não deve ser acolhido, pois entendo que os elementos constantes nos autos são suficientes para formação da convicção dos julgadores em relação a presente lide.

Quanto ao pedido do patrono do autuado para que seja encaminhada intimação da pauta de julgamento ao seu escritório, esclareço que o Conselho de Fazenda Estadual (CONSEF), atendendo o princípio da publicidade que rege os atos da Administração Pública, divulga com antecedência as pautas de julgamento no Diário Oficial do Estado e na Internet, informando a todos os interessados dia, hora, local e o processo administrativo fiscal em exame.

Tal divulgação visa garantir a presença do autuante e do autuado nas sessões do colegiado, para que acompanhem o julgamento e prestem os eventuais esclarecimentos necessários através de manifestação oral, não existindo previsão legal para outra forma de intimação.

No mérito, após examinar os documentos acostados no presente PAF constatei que o autuado impugnou todas infrações, assim passo a analisar cada infração separadamente.

Infração 01 - O autuado é acusado de ter utilizado crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria (aguarrás) adquirida com pagamento de imposto por substituição tributária, fato que realmente ocorreu, conforme reconhece o próprio contribuinte, porém, o mesmo alega que apenas foi dispensado tratamento normal às entradas de aguarrás, em virtude do fornecedor não reter o imposto na fonte, com crédito nas entradas e débito nas saídas, não havendo prejuízo para o Erário Público.

Entendo que o argumento do impugnante não pode ser acolhido, pois conforme foi ressaltado pelo autuante na informação fiscal, a condição de produto incluído no Regime de Substituição Tributária para aguarrás é clara na legislação do ICMS, sendo o mencionado no item 16.12, do inciso II, do artigo 353, do RICMS/97. Desta forma, mesmo que não tivesse sido feita a retenção do imposto, jamais o contribuinte poderia utilizar o crédito, ademais, em nenhum momento o contribuinte comprovou que a saída da referida mercadoria ocorreu com tributação. Assim, considero caracterizada a infração 01.

Infração 02 – O autuado é acusado de falta de recolhimento nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, referente a diversas notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis não escrituradas no livro RSM. Em sua defesa aduz que as Notas Fiscais 3 a 8, foram regulamente registradas no livro Registro de Saídas de Mercadorias na folha 17, bem como as Notas Fiscais de nº 9 e 10 na folha 18.

Ocorre que o contribuinte não acostou cópias das folhas do livro RSM para comprovar sua alegação, documentos que comprovariam os referidos lançamentos e correspondentes recolhimentos do imposto devido, juntamente com a cópia do livro RAICMS e dos respectivos DAE's. Logo, entendo que o argumento defensivo sem a apresentação de provas não é capaz de elidir a acusação, devendo ser mantida a infração 02.

Infração 03 – O autuado é acusado de falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos

provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias. Na impugnação o autuado nega a ocorrência da infração, alegando que o houve erro na escrituração do livro Registro de Inventários, pois as mercadorias inventariadas no livro do autuado são de outra empresa.

Mais uma vez, o autuado argumenta, mas não apresenta nenhum documento para comprovar sua alegação. Ademais, como salientou o autuante, as mercadorias ali escrituradas, são correlatas ao seu ramo de atividade, conforme se pode constatar nos Demonstrativos de auditoria de Estoques e nas cópias do próprio livro Registro de Inventário acostadas ao processo, fl. 21 a 30.

Esclareço, ainda, que o art. 123 do RPAF/99, determina que a defesa deverá ser acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Não tendo a simples negativa do cometimento da infração o condão de elidir a ação fiscal. Logo, em meu entendimento à infração 03 restou caracterizada.

Saliento que nesta infração não se está cobrando imposto relativo às mercadorias relacionadas no demonstrativo de estoque de folhas 15/17, que correspondem aos estoques existentes em 31/12/00, e sim, pela presunção legal de que a empresa efetuou anteriormente saídas de mercadorias sem documentação fiscal e utilizou os recursos para pagamento de aquisições das citadas mercadorias arroladas no livro de inventário.

Infração 04 – O autuado é acusado de falta de recolhimento do ICMS, relativo a operações de saídas de tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques. Em sua defesa assevera que é uma invenção, pois o que foi cobrado no exercício de 2000 como omissão de entradas, foi cobrado repetidamente como omissão de saídas no exercício de 2001.

O argumento defensivo não pode ser acolhido, pois na presente infração restou comprovado pelos levantamentos que embasaram a autuação, que no exercício 2001 o autuado realizou vendas sem emitir as notas fiscais correspondentes, referentes às mercadorias existentes no estoque inicial do exercício de 2001. Ressalto que toda saída de mercadorias deve ser acompanhada da respectiva nota fiscal. Assim, mesmo as mercadorias que foram adquiridas no exercício anterior sem nota fiscal, conforme comprovado na infração anterior, o contribuinte estava obrigado a emitir a nota fiscal correspondente, quando da saída da mesma.

Já no exercício de 2001, restou comprovado pelos levantamentos que embasaram a autuação, que o contribuinte realizou vendas sem emitir as notas fiscais correspondentes, sendo uma infração independente da infração comprovada no exercício anterior.

Do exposto acima, à infração 04 deve ser mantida.

Infração 05 – O autuado é acusado de ter efetuado o recolhimento a menos 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. Em sua defesa o contribuinte diz que os cálculos do autuante estão imperfeitos. Entretanto não aponta qual foi o suposto erro do autuante e não apresenta números ou valores alternativos, ficando, mais uma vez, na simples alegação do não cometimento da infração, embora tenha recebido os demonstrativos às fls. 31 e 32 do PAF, com os cálculos procedidos pelo autuante. Razão pela qual mantenho a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

**RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **110427.0003/04-0**, lavrado contra **MINA COM DE TINTAS E MAERIAIS PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no total de valor de **R\$6.395,95**, acrescido das multa de 60% sobre os valores de R\$160,08 e R\$75,20 e 70% sobre R\$ 6.160,67 prevista no art. 42, II, “d”, VII “a” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2004.

CLARICE ANIZIA MÁXIMO MOREIRA– PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

MARCELO MATTEDI E SILVA – JULGADOR