

A. I. N° - 210560.0011/04-4  
AUTUADO - PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.  
AUTUANTE - PAULO CÉSAR MARTINS SANTOS  
ORIGEM - INFRAZ ILHÉUS  
INTERNET - 10.12.04

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0472-02/04**

**EMENTA:** ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias. Refeitos os cálculos. Redução do débito. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO DEVIDO POR ANTECIPAÇÃO. Questionados pelo sujeito passivo os percentuais de margem de valor adicionado, estabelecidos unilateralmente pelo Estado em patamares superiores aos praticados segundo as leis de mercado. Este órgão não tem competência para apreciar se o direito posto é ou não razoável. Mantendo o lançamento. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Refeitos os cálculos, para correção dos equívocos da autuação, inclusive por duplicidade de apenação, em cotejo com o item 1º, haja vista os preceitos do § 1º do art. 60 e do § 5º do art. 915 do RICMS/97. 4. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. b) FALTA DE ESTORNO. Fatos não impugnados pelo sujeito passivo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/6/04, cuida dos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem a respectiva escrituração, “decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas” (*sic*), fato esse apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados [2001 e 2002], levando-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, a das saídas, sendo lançado imposto no valor de R\$ 97.283,26, com multa de 70%;

2. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.736,65, com multa de 60%;
3. entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicada multa de R\$ 21.828,59;
4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto pelo regime de substituição tributária, sendo lançado tributo no valor de R\$ 149,92, com multa de 60%;
5. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a escrituração de documento fiscal em duplicidade, sendo lançado tributo no valor de R\$ 17,13, com multa de 60%;
6. falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à redução, proporcionalmente, sendo lançado tributo no valor de R\$ 12,64, com multa de 60%;
7. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a imposto não destacado em documento fiscal, sendo lançado tributo no valor de R\$ 761,65, com multa de 60%.

O contribuinte apresentou defesa apontando erros do levantamento fiscal, atinentes ao item 1º do Auto de Infração.

Quanto ao item 2º, alega o autuado que não se trata de falta de recolhimento de ICMS por antecipação, como acusa o Auto de Infração, mas sim de complementação do imposto, relativamente a diferenças de margem de valor adicionado (MVA). Reclama dos percentuais de lucro estabelecidos unilateralmente pelo Estado, em desrespeito às leis de mercado, impondo ao contribuinte que pague o imposto na conformidade de uma base de cálculo impossível de se realizar. Aduz que de há muito o STF pôs fim à chamada pauta fiscal, considerando inadmissível que venha agora o Estado da Bahia a estabelecer taxas de lucro exorbitantes, estipulando uma base de cálculo que nem de longe representa o preço efetivo das mercadorias. Pretende que o cálculo da antecipação tributária se acomode aos patamares da prática das operações.

Relativamente ao item 3º, o contribuinte alega que a autuação se refere a Notas Fiscais cujas mercadorias nunca entraram no seu estabelecimento. Argumenta que a mera existência de Notas Fiscais num setor da repartição fazendária tendo como destinatário um contribuinte não é meio seguro de prova de que esse contribuinte adquiriu aquelas mercadorias ou que as Notas Fiscais foram emitidas em seu nome, pois muitas vezes fraudadores lançam mão de registros cadastrais de contribuintes regulares para o transporte de mercadorias em situação ilegal. Diz que o fisco se baseia em mera presunção, carente de eficácia jurídica. Aduz que, diante do fato, o fisco deveria ter feito a contagem física do estoque. Considera inadmissível exigir que o contribuinte faça prova de fato negativo. Frisa que quem acusa tem que dizer de que acusa. Assinala que o fiscal não trouxe aos autos a prova de que as mercadorias foram adquiridas pela empresa, e muito menos que as referidas mercadorias entraram em seu estabelecimento, não tendo tampouco trazido aos autos os “canhotos” das Notas Fiscais com a assinatura de representantes ou prepostos da empresa, recebendo as mercadorias nelas constantes. A defesa prossegue fazendo a demonstração do que pode ocorrer em situação como esta, em que a prova é feita com base em Notas Fiscais retidas pelo sistema CFAMT, para registrar a distorção que ocorre se parte das mercadorias é destinada a terceiros. Alega que isto constitui excesso de exação.

Quanto aos débitos dos itens 4º, 5º, 6º e 7º, o autuado diz que efetuou os pagamentos, conforme DAEs anexos, ressalvando que os pagamentos não implicam reconhecimento das acusações, tendo feito o pagamento apenas por se tratar de valores irrisórios.

Pede que os itens 1º, 2º e 3º sejam declarados improcedentes.

O fiscal autuante prestou informação admitindo os erros apontados pela defesa, relativamente ao item 1º do Auto de Infração. Explica que o levantamento foi feito com o aplicativo denominado “Safa”, com base em arquivos magnéticos fornecidos pelo contribuinte. Considera que cabe uma “multa formal” por isso. Opina no sentido de que as inconsistências sejam excluídas. Especifica os pontos questionados pela defesa que ele, fiscal, deixou de considerar, por não ter o contribuinte juntado provas.

No tocante ao item 2º, o fiscal diz que os questionamentos da defesa acerca da constitucionalidade dos aspectos suscitados estão fora de sua competência funcional.

Relativamente ao item 3º, o fiscal considera que as Notas Fiscais anexadas ao Auto de Infração provam a acusação. Aduz que devam ser excluídas as Notas Fiscais 45250, 45492 e 3196 (não diz quem são os emitentes), tendo em vista que de fato as mercadorias não são destinadas ao estabelecimento do autuado.

Tece a seguir considerações, sob a rubrica de “mérito”, acerca dos conceitos de obrigação tributária, lançamento, relação jurídica, situação, e traça a distinção entre o que chama de hipótese de fato gerador e o próprio fato gerador. Diz acreditar no “privilégio de um fato social como básico para o nascimento das relações jurídicas”. Opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

Foi mandado dar ciência ao sujeito passivo dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo fiscal autuante.

O processo foi submetido à apreciação desta Junta, em pauta suplementar, na sessão do dia 26/10/04, tendo sido considerado em condições de ser julgado.

## VOTO

O item 1º deste Auto de Infração diz respeito a ICMS devido por omissão de saídas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados [2001 e 2002]. Foram apuradas omissões tanto de entradas quanto de saídas de mercadorias. No lançamento, levou-se em conta para o cálculo do imposto a diferença de maior valor monetário, a das saídas.

O fiscal reconheceu a maior parte dos erros apontados pelo sujeito passivo. Indicou, em cada caso, o valor das inconsistências do levantamento fiscal. Conforme conclusão do autuante à fl. 747, todo o levantamento de estoque referente ao exercício de 2001 restou descaracterizado.

Já no que concerne ao exercício de 2002, mantêm-se os lançamentos relativos às seguintes mercadorias:

MERCADORIA	BASE DE CÁLCULO	ALÍQUOTA	ICMS
Água sanitária Q.Boa 1000 cód. 000034	21.715,54	17%	3.691,64
Arroz Bataclam LFT3 kg cód. 000296	36.549,76	7%	2.558,48
Extrato de tomate Olé lata 350 g cód. 000548	11.065,72	17%	1.881,17
Arroz Tio João kg	37.921,56	7%	2.654,51
Margarina Suprema balde 15 kg cód. 002234	5.012,02	17%	852,04
		Soma	11.637,84

Nota que o fiscal autuante, ao concluir a informação no tocante ao exercício de 2002, conforme consta à fl. 749, se equivocou ao dizer que as mercadorias tributáveis à alíquota de 17% totalizariam R\$ 75.714,84 (ICMS no valor de R\$ 12.871,52) e as tributáveis à alíquota de 7% seriam

de R\$ 36.549,76 (ICMS no valor de R\$ 2.558,48). Em virtude de tal equívoco, apurou erroneamente imposto remanescente no valor de R\$ 15.430,00 (R\$ 12.871,52 + R\$ 2.558,48).

Na verdade, as mercadorias tributáveis à alíquota de 17% totalizam R\$ 37.793,28 (ICMS no valor de R\$ 6.424,85) e as tributáveis à alíquota de 7% importam em R\$ 74.471,32 (ICMS no valor de R\$ 5.212,99). O imposto remanescente do item 1º, relativamente ao exercício de 2002, é de R\$ 11.637,84.

No item 2º, o contribuinte é acusado de não ter recolhido ICMS por antecipação, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. A defesa observou que não se trata de falta de recolhimento de ICMS por antecipação, como acusa o Auto de Infração, mas sim de complementação do imposto, relativamente a diferenças de margem de valor adicionado (MVA). Reclama dos percentuais de lucro estabelecidos unilateralmente pelo Estado, em desrespeito às leis de mercado, impondo ao contribuinte que pague o imposto na conformidade de uma base de cálculo impossível de se realizar. Considera inadmissível a fixação, pelo Estado, de taxas de lucro exorbitantes, estipulando uma base de cálculo que nem de longe representa o preço efetivo das mercadorias. Pretende que o cálculo da antecipação tributária se acomode aos patamares da realidade, de acordo com a prática das operações.

Este órgão não tem competência para apreciar se o direito posto é ou não razoável. A questão deve ser discutida noutro foro. Mantenho o lançamento do item 2º.

O item 3º cuida de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos exercícios de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003. Fato idêntico foi apurado no item 1º, em que foram apuradas omissões de entradas tanto de saídas como de entradas de mercadorias no estabelecimento, nos exercícios de 2001 e 2002. O débito do item 1º, relativamente ao exercício de 2001, foi desconstituído. Porém fica patente que, no tocante ao exercício de 2002, está havendo apenação em duplicidade. Conforme foi salientado, em 2002 foram apuradas omissões tanto de entradas quanto de saídas, tendo sido cobrado o imposto sobre a diferença de maior valor monetário, a das saídas, como prevê o § 1º do art. 60 do RICMS/97. Ao ser lançado o imposto (obrigação principal), acrescido da multa correspondente, esta multa absorve a que seria cabível pelo descumprimento da obrigação acessória, nos termos do § 5º do art. 915. Devem, portanto, ser excluídas as multas atinentes ao exercício de 2002. O demonstrativo do débito do item 3º deverá ser refeito com base nas seguintes indicações, tomando por referência os dados às fls. 752/754:

MÊS	VALOR DA MULTA
Janeiro/1999	135,05
Abril/1999	230,26 (*)
Maio/1999	29,56
Julho/1999	378,20
Setembro/1999	17,57 (*)
Outubro/1999	272,25
Novembro/1999	470,67 (*)
Janeiro/2000	34,31
Março/2000	268,21 (*)
Abril/2000	49,26 (*)
Maio/2000	57,41 (*)
Junho/2000	514,60 (*)
Julho/2000	111,94 (*)
Setembro/2000	24,12 (*)
Outubro/2000	30,00
Novembro/2000	560,57
Abril/2001	9,72 (*)
Maio/2001	36,00

Junho/2001	210,67 (*)
Setembro/2001	389,59 (*)
Outubro/2001	1.565,76
Novembro/2001	414,00
Dezembro/2001	2.100,00
Janeiro/2003	272,09 (*)
Fevereiro/2003	151,11
Março/2003	304,02
Maio/2003	725,00
Junho/2003	672,72
Julho/2003	1.512,79
Agosto/2003	283,55 (*)
Outubro/2003	3.080,93 (*)
Novembro/2003	22,43 (*)
Soma	14.934,36

(\*) As parcelas assinaladas com asteriscos foram mantidas de acordo com os valores lançados originariamente às fls. 2 e 3.

Os itens 4º, 5º, 6º e 7º não foram impugnados pelo sujeito passivo.

Devem ser homologadas as quantias já pagas.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 210560.0011/04-4, lavrado contra **PERELO IMPORTAÇÃO COMÉRCIO REPRESENTAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 17.315,83**, sendo R\$ 3.891,92, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e mais R\$ 13.423,91, acrescido da multa de 60%, sobre R\$ 1.786,07 e de 70% sobre R\$ 11.637,84, prevista no art. 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 14.934,36**, prevista no art. 42, IX, da supracitada lei, e dos acréscimos legais, devendo serem homologadas as quantias já pagas.

Esta Junta recorre da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA