

A. I. N° - 298942.0902/05-8
AUTUADO - PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 07/02/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0017-03/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) RECOLHIMENTO A MENOS. Infração não impugnada. b) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Na defesa apresentada foi comprovado parte do débito exigido. Infração parcialmente elidida. **2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS COM PAGAMENTO DO IMPOSTO ANTECIPADO. Infração não impugnada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada. b) 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. O autuante refez os cálculos e reduziu o valor do débito da infração 6. Infração parcialmente caracterizada. **c) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO.** Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário

por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações não contestadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/09/2005, exige ICMS de R\$12.443,39 acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória, referente a:

1. Efetuou o recolhimento do ICMS a menos por antecipação, em caso de erro na determinação da base de cálculo, 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. Consta, na descrição dos fatos, que deixou de incluir na base de cálculo dos produtos adquiridos (pisos e revestimentos), os custos relativos ao frete - R\$1.043,47.
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. Consta, na descrição dos fatos, que deixou de realizar a antecipação tributária, referente a aquisição de pisos e revestimentos, bem como não efetuou a complementação da antecipação do frete contratado, que foi retido parcialmente - R\$5.705,85.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária - R\$348,28.
4. Omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, sendo aplicado multa de R\$50,00 (2003).
5. 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 em exercício fechado - R\$44,99 (2002).
6. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferença tanto de entrada 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 os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, com valor - R\$3.670,74 (2003).
7. Falta de recolhimento do ICMS, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado - R\$1.282,40 (2003).

8. Falta de recolhimento do ICMS, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor adicionado, deduzido a parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado - R\$347,66 (2002).

O autuado, na defesa apresentada (fls. 318 a 328), preliminarmente discorre sobre as infrações 2 e 6 e diz que a ação fiscal cometeu erro material, mesmo que parcial, conforme indicou:

- a) que em relação à infração 2, já recolheu o valor de R\$1.901,49, valor este menor que o exigido pelo fisco de R\$5.705,85 e requer que seja homologado como o devido;
- b) que ocorreu uma reclassificação de código num grupo de produtos, o que distorceu a saída de um produto no levantamento fiscal;
- c) que o artigo 539 do RICMS/BA, prevê a obrigatoriedade da emissão de documentos fiscais, sempre que promoverem saídas de mercadorias, mas que o levantamento fiscal não foi suficiente para comprovar a infração, por inexistir qualquer omissão de entrada, e a exigência do imposto certamente causará um enriquecimento sem causa do Estado e empobrecimento ilícito do contribuinte, nos termos do art. 150 da Constituição Federal de 1988 (CF 88), que transcreveu à fl. 325.

Cita o entendimento do doutrinador Sacha Calmon Navarro Coelho: “o recebimento pelos Estados de valores a título de ICMS, acima das bases de cálculo reais, isto é, não correspondentes aos preços reais praticados pelos contribuintes, caracteriza confisco tributário e enseja a sua imediata restituição, por força da Própria Constituição”.

Salienta que no que se refere aos tópicos impugnados, no seu entendimento é insubsistente a autuação, tendo em vista que a empresa agiu corretamente e não causou qualquer prejuízo ao fisco.

Alega que há imprecisão e falta de clareza na definição do fato gerador, haja vista que o autuante o fez de forma genérica na descrição dos fatos, o que conduz a limitações ao exercício do direito do contraditório, conforme previsto no art. 5º, LV da Constituição Federal, cerceando o seu direito de defesa.

Requer que seja realizada diligência por fiscal estranho ao feito, para comprovar que “de fato ocorreu a reclassificação do produto único objeto da autuação. Mesmo por que, nesse ramo comercial a nota fiscal é documento vital ao consumidor para usufruto da garantia”, indicando como assistente técnico o Sr. Luiz Carlos, que é o Contador da empresa, que pode ser intimado no seu próprio endereço. Indicou à fl. 327 que as intimações que lhe forem dirigidas deve ser feita à Rua Monsenhor Pedrinha nº 1395, Centro, Linhares-ES.

Por fim, requer que seja julgado improcedente a ação fiscal em relação aos tópicos impugnados.

O autuante, na sua informação fiscal (fl. 428), em relação à infração 2, afirma que “diante dos documentos acostados ficou evidenciado o cálculo e o pagamento do imposto devido, devendo a infração ser alterada” referente ao imposto exigido no mês de fevereiro/03, para base de cálculo de R\$3.489,82 e ICMS devido de R\$593,27, permanecendo inalterado as demais ocorrências.

No que tange à infração 6, reconhece que diante dos documentos apresentados na defesa, ficou evidente que a empresa mudou o código do produto Moto Serra Husqvarna entre o período de 2002 e 2003, o que prejudicou o levantamento quantitativo efetuado por meio de arquivo

magnético. Acata a alegação defensiva em relação a este item e diz que o valor exigido em 31/12/03 deve ser alterado para base de cálculo de R\$13.704,76 e ICMS devido de R\$2.329,81.

Finaliza dizendo que salvo estas retificações devem as demais infrações permanecerem inalteradas.

O autuado foi intimado em 10/11/05, para tomar conhecimento da informação fiscal, conforme documento juntado à fl. 429, tendo sido concedido prazo de dez dias para se manifestar, caso quisesse e não tendo se manifestado no prazo concedido, o PAF foi encaminhado ao CONSEF para julgamento.

Durante a instrução deste processo, o autuado em 19/12/05 juntou uma petição ao PAF, requerendo o pagamento de parte do débito, conforme demonstrativo juntado à fl. 439, nos termos do art. 1º, § 2º da Lei 9.650/05.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade suscitado pelo autuado sob a alegação de que há imprecisão e falta de clareza na definição do fato gerador, cerceando o seu direito de defesa, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo evidenciam com clareza as infrações apontadas, tanto que o autuado compreendeu e exerceu plenamente o seu direito do contraditório, não havendo qualquer limitação ao seu amplo direito de defesa.

Deixo de acatar o pedido de diligência formulado pelo autuado, tendo em vista que conforme disposto no art. 147 do RPAF/BA a mesma deve ser realizada para trazer ao processo elementos que possam dirimir dúvidas entre a acusação e as provas apresentadas na defesa. No presente caso, diante dos demonstrativos elaborados pelo autuante, o autuado suscitou que ocorreram equívocos cometidos, tendo sido atendido no que foi pedido, o que torna desnecessária a diligência requerida.

No mérito, o presente processo faz exigência de ICMS relativo a diversas infrações, sendo que o autuado apresentou defesa apenas em relação às infrações 2 e 6.

O autuado, em relação à infração 2, alegou que já recolheu o valor de R\$1.901,49, quanto ao valor exigido no mês de fevereiro/03 e requereu que seja homologado o valor recolhido. Na informação fiscal prestada, o autuante acatou tal alegação e indicou como devido o valor remanescente de R\$593,27.

Verifico que conforme demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 12 e 14, foi exigido em relação ao mês 02/03, os valores de R\$593,27 relativo a antecipação tributária de fretes contratados vinculados a mercadorias sujeitas a antecipação do imposto e R\$1.901,49 referente a antecipação do imposto de pisos e revestimentos. Conforme demonstrativos acostados às fls. 376 a 379, o autuado comprovou ter recolhido o imposto relativo à antecipação das mercadorias e que resta devido o valor referente a antecipação tributária do frete deste mês. Não havendo nenhuma controvérsia, deve ser mantida a exigência parcial do item 3, em R\$593,27 da infração 2 (cujo valor original era de R\$2.494,76), devendo permanecer inalterados os demais valores, o que totaliza R\$3.804,36.

Quanto à infração 6, na impugnação o autuado alegou que ocorreu uma reclassificação de código do produto Moto Serra Husqvarna entre o período de 2002 e 2003, e que inexistiu omissão de saída deste produto. O autuante, na informação fiscal acatou esta alegação defensiva, reduzindo o valor exigido de R\$3.670,74 para R\$2.329,81.

Constato que no demonstrativo juntado pelo autuante às fls. 64 e 65, foi apurada omissão de entrada de 22 unidades do citado produto no exercício de 2003, o que resultou em valor do

imposto exigido de R\$1.340,92 e que os documentos juntados pelo autuado às fls. 340 a 347 demonstram que houve modificação do código do produto entre o exercício de 2002 e 2003, o que induziu o autuante a não computar no levantamento dos estoques final de um exercício e inicial do outro a mesma quantidade apontada, o que anula a exigência do imposto em relação a este produto. Portanto, deve ser excluído o valor exigido de R\$1.340,92 e mantido a exigência de R\$2.329,81 relativo a infração 6.

Considerando que o autuado reconheceu parcialmente o débito, no mesmo valor apontado pelo autuante após o refazimento do débito, acato o demonstrativo de débito apresentado pelo autuado à fl. 438, como do presente lançamento e valor devido de R\$9.250,97.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **298942.0902/05-8**, lavrado contra **PIANNA COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.200,97** acrescido da multa de 60% sobre R\$5.543,77 e 70% sobre R\$3.657,20 previstas no art. 42, II, “a” e “d”, III, e VII, “a”, da Lei n.º 7.014/96, além da multa de **R\$50,00** prevista no art. 42, XXII da citada Lei e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2006.

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

MARIA DO SOCORRO FONSECA DE AGUIAR - JULGADORA