

A. I. Nº - 087461.0006/05-8  
AUTUADO - POLO QUÍMICA LTDA.  
AUTUANTE - HÉLIO SILVA DAMASCENO  
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA  
INTERNET - 15. 09. 2006

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF Nº 0254-04/06

**EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DO ESTABELECIMENTO INDUSTRIAL. OPERAÇÕES DESTINADAS À CONTRIBUINTES DESTE ESTADO. a) FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO.** A lei atribui ao fabricante de solvente a condição de sujeito passivo por substituição tributária, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. **b) IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO.** Comprovado erro no levantamento do autuante ao incluir as vendas realizadas para fora do Estado. Infração insubsistente. **2. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. VENDA PARA EMPRESAS ENQUADRADAS NO SIMBAHIA.** Ficou comprovado que o contribuinte procedeu em desacordo com o previsto pelo § 1º, inciso II art. 51 do RICMS/BA, caracterizando redução indevida da base de cálculo. **3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Refeitos os cálculos com redução do valor inicialmente cobrado. **4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. MERCADORIAS TRIBUTADAS. 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. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/09/2005, exige imposto, no valor de R\$ 173.927,96, em decorrência das seguintes irregularidades:

1- Falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, no valor de R\$ 10.345,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

2- Recolhimento a menos ICMS, no valor de R\$2.734,89, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas.

3- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, com ICMS devido no valor R\$105.550,96.

4- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 53.755,68, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

5- Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.541,33, relativo às operações de saídas de mercadorias 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.

O autuado apresentou defesa, fls. 330 a 340, impugnando o lançamento tributário, com os argumentando abaixo relatados.

Em relação a infração 01, argüiu cerceamento de defesa por considerar que o demonstrativo da infração não guardam as formalidades legais, tais como não identificação do contribuinte; do autuante e da base legal da autuação, requerendo a nulidade da autuação.

Aduz que o produto “redutor” é uma mistura de hidrocarbonetos aromáticos pesados que está enquadrado na classificação 2707.50.00 da nomenclatura NCM que consta do capítulo 27 da tabela do IPI – TIPI, Dec. 2092/96 e RIPI, Dec. 2637/98. Assevera que RCIMS/97, no artigo 353, II, que especifica as mercadorias codificadas por suas respectivas NCM, não faz registro da mercadoria “redutor”.

Relativamente a infração 02, argüiu cerceamento de defesa por considerar que o demonstrativo da infração não guardam as formalidades legais, tais como não identificação do contribuinte; do autuante e da base legal da autuação, requerendo a nulidade da autuação.

Diz que, quanto ao que determina a legislação do ICMS com relação a aplicação do percentual de redução da Base de Cálculo nas vendas efetuadas para microempresas, apesar de não estar sob lide, o ICMS corretamente calculado foi todo recolhido, conforme pode ser constatado na “CONSULTA PAGAMENTO”, folhas 70 a 72. Transcreve o art. 51, do RICMS/97, e I.N. 38/94.

Quanto a infração 03, argüiu cerceamento de defesa por considerar que o demonstrativo da infração não guardam as formalidades legais, tais como não identificação do contribuinte; do autuante e da base legal da autuação, requerendo a nulidade da autuação.

Aduz que diversas notas fiscais foram pagas e lançadas nos livros Caixas, estando devidamente escrituradas, conforme documentação acostada, anexo folha 91, 93, 94, 95 e 96 da defesa. Quanto as demais notas fiscais constantes do levantamento, diz que não recebeu nenhuma cópia dos referidos documentos, sendo portanto nula por cerceamento de defesa.

No tocante a infração 04, argüiu cerceamento de defesa por considerar que o demonstrativo da infração não guardam as formalidades legais, tais como não identificação do contribuinte; do autuante e da base legal da autuação, requerendo a nulidade da autuação.

Argumenta que o autuante cometeu o engano de somar todas as vendas internas e externas (fora do Estado) e aplicou o instituto da substituição no total o que conseqüentemente levou a apresentar débito a favor do Estado da Bahia, porém, um débito falso e inexistente.

No que tange a infração 05, argüiu cerceamento de defesa por considerar que o demonstrativo da infração não guardam as formalidades legais, tais como não identificação do contribuinte; do autuante e da base legal da autuação, requerendo a nulidade da autuação.

Assevera que, neste item, a defesa está totalmente prejudicada, pois para o auditor chegar ao valor do ICMS reclamado, utilizou dados que a defesa não tem conhecimento de onde vieram e como foram obtidos.

À folha 839, o autuante reconhece a procedência da alegação defensiva em relação a infração 03, no tocante às notas fiscais não lançadas no livro de Registro de Entradas, opina pela reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, com a entrega das cópias das notas fiscais, o que foi efetivado conforme documento à folha 841 e 842.

À folha 844, o autuado acosta planilha dos pagamentos efetuados no período de 07/2001 a 12/2002.

Às folhas 869/872, em nova manifestação, sobre as cópias das notas fiscais da infração 03, o autuado reitera os argumentos anteriores além de alegar que não adquiriu os produtos constantes dos documentos fiscais, embora constem como destinatário o autuado.

O PAF foi baixado em diligencia ao autuante, para que fosse prestado informação fiscal na forma do 127, § 6º, do RPAF/99.

À folha 899, o autuante reabriu novamente o prazo de defesa, tendo o autuado se manifestado às folhas 902/904, reiterando os argumentos anteriores.

Na sua informação fiscal, às fls. 957/960, o autuante contesta os argumentos defensivos infração por infração.

Infração 01 – Aduz que o artigo 353 do RICMS/97 relaciona dentre os produtos enquadrados na substituição tributária os do item 16.6 – PREPARAÇÕES CONCEBIDAS PARA SOLVER, DILUIR OU REMOVER TINTAS E VERNIZES, detalhando, 16.6.1- solventes e diluentes compostos para vernizes ou produtos semelhantes, NCM 3807.00.00 e 16.6.3 – solvente e diluentes compostos, e preparações concebidas para remover tintas e vernizes – NCM 3814.00.00.

Salienta, o produto “redutor” é um solvente ou diluente orgânico, elaborado a partir de derivados de petróleo (hidrocarbonetos aromáticos), cuja finalidade, sem dúvida, é a descrita no item 16.6.3 acima.

Aduz que a classificação adotada pelo contribuinte, na verdade, corresponde às principais matérias primas utilizadas na fabricação do “redutor” (solvente). É obvio que o produto final não possui a mesma classificação das matérias primas que o compõem por se tratar de novo produto. Opinando pela manutenção da autuação, já que solvente é uma das mercadorias elencadas no art. 353.

Infração 02 –Aduz que o contribuinte aplicou a alíquota correta, porém, sobre a base de cálculo equivocadamente reduzida, contrariando o disposto no artigo 51, § 1º, inciso II, do RICMS/97, tributando apenas cerca de 90% do valor original.

Infração 03 - Informa que revisou e eliminou os documentos fiscais sem as respectivas cópias ou vias, prevalecendo, no entanto, a parcela referente aos documentos anexos (fls. 789 a 838 e 963) e demonstrativo à folha 964, onde constam os valores subsistentes de R\$8.137,81 para o exercício de 2001 e de R\$47.653,63 para o exercício de 2002.

Infração 04 - Reconhece que o autuado comprovou que se trata de valores referentes vendas para fora do Estado, não sendo devido o ICMS ao Estado da Bahia.

Infração 05 – Assevera que os dados dos quais o autuado diz desconhecer a origem foram colhidos do “Relatório de Produção por Produtos”, folha 70, elaborado e apresentado pelo próprio contribuinte no curso da fiscalização e que traz o timbre da empresa.

O autuado recebeu cópia da informação fiscal e novo demonstrativo de débito, tendo sido informado dos 10 (dez) dias para se manifestar, porém, silenciou.

## VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela para exigir imposto decorrente de 05 (cinco) infrações, as quais passo a analisar.

Inicialmente afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em relação à todas infrações, tendo em vista que nos Demonstrativos encontram-se discriminados os CNPJ dos emitentes, números das notas fiscais, o valor da base de cálculo e o ICMS devido, cujos os valores conferem com os lançados nos Auto de Infração, constando ainda a identificação do autuante, como por exemplo, às folhas 16 e 17 dos autos. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação, uma vez que o PAF foi baixado em diligência e o autuante entregou cópias das notas fiscais obtidas mediante o Sistema CFAMT, reabrindo o prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

Na infração 01, é imputada ao autuado falta de retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Em sua defesa o autuado aduz que o produto “redutor” é uma mistura de hidrocarbonetos aromáticos pesados que está enquadrado na classificação 2707.50.00 da nomenclatura NCM que consta do capítulo 27 da tabela do IPI – TIPI, Dec. 2092/96 e RIPI, Dec. 2637/88. Assevera que RCIMS/97, no artigo 353, II, que especifica às mercadorias codificadas por suas respectivas NCM, não faz registro da mercadoria “redutor”.

O argumento defensivo não acolhido pelo autuante, o qual esclareceu na informação fiscal salienta que o artigo 353 do RICMS/97 relaciona dentre os produtos enquadrados na substituição tributária os do item 16.6 – PREPARAÇÕES CONCEBIDAS PARA SOLVER, DILUIR OU REMOVER TINTAS E VERNIZES, detalhando, 16.6.1- solventes e diluentes compostos para vernizes ou produtos semelhantes, NCM 3807.00.00 e 16.6.3 – solvente e diluentes compostos, e preparações concebidas para remover tintas e vernizes – NCM 3814.00.00.

Esclarece que o produto “redutor” é um solvente ou diluente orgânico, elaborado a partir de derivados de petróleo (hidrocarbonetos aromáticos), cuja finalidade, sem dúvida, é a descrita no item 16.6.3 acima. Aduz que a classificação adotada pelo contribuinte, na verdade, corresponde às principais matérias primas utilizadas na fabricação do “redutor” (solvente).

Entendo razão assistir ao autuante, uma vez que as matérias primas utilizadas no processo de produção do “redutor”, geram um novo produto, como uma nova classificação, não podendo o autuado utilizar a classificação da NCM da matéria prima utilizada no processo de transporte. Assim, sendo o redutor um solvente, é devida a cobrança do imposto consignado na presente infração.

Na infração 02, é imputada ao autuado recolhimento a menos ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, decorrentes das vendas para empresa inscritas no SIMBAHIA.

Com relação à demanda em questão, esta 4º JJF, mediante o ACÓRDÃO JJF 0326-04/05, já se manifestou sobre o tema:

*“Quanto à infração 02, entendo que houve um equívoco na interpretação do autuado em relação à determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias destinadas a microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes. A Instrução Normativa nº 38/94 foi revogada em função da entrada em vigor do decreto nº 7.466 de 17/11/1998 que alterou o art.51 do RICMS/BA para a seguinte redação: “ 1 – Alíquota de 7%*

*nas operações com: c) mercadorias saídas de quaisquer estabelecimentos industriais situados neste estado cujo imposto seja calculado pelo regime normal de apuração, destinados a microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes, quando inscritas como tais no cadastro estadual, exceto em se tratando de mercadorias efetivamente enquadradas no regime de substituição tributária e de mercadorias consideradas supérfluas.”*

*Ainda no artigo supracitado, parágrafo 1º inciso II – “O estabelecimento industrial ou a este equiparado obriga-se a repassar para o adquirente, sob a forma de desconto, o valor aproximadamente correspondente ao benefício resultante da adoção da alíquota de 7% em vez de 17%, devendo a redução constar expressamente no respectivo documento fiscal.”*

*A Base de Cálculo do ICMS na operação é o valor total dos produtos, sem o desconto, aplicando-se sobre ela a alíquota de 7%, obtendo-se assim o valor do imposto devido. O desconto dado ao adquirente das mercadorias é feito por fora, uma vez que o montante do ICMS integra sua própria base de cálculo.*

*Assim, entendo que não foi efetuado corretamente o cálculo do imposto devido nas notas fiscais apresentadas nos autos, por isso não deve ser acatado o argumento do defendente. Mantida a exigência fiscal.”*

Logo, a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 03, é imputada ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas.

Desta situação, determina o art. 2º, inciso § 3º, III, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que presume-se a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados.

Em sua defesa o autuado aduz que diversas notas fiscais foram pagas e lançadas nos livros Caixas, estando devidamente escrituradas. Quanto as demais notas fiscais constantes do levantamento, diz que não recebeu nenhuma cópia dos referidos documentos, sendo portanto nula por cerceamento de defesa.

Em relação a nulidade a mesma já foi afastada no início do voto, pois o autuante entregou cópia das notas fiscais do CFAMT, excluindo da autuação as notas fiscais não localizadas e as escrituradas, refazendo o demonstrativo do débito à folha 964, onde constam os valores subsistentes de R\$8.137,81 para o exercício de 2001 e de R\$47.653,63 para o exercício de 2002, com os quais concordo. Ressalto, ainda, que o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e não se pronunciou.

Na infração 04, é imputada ao autuado falta de recolhimento do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Argumenta que o autuante cometeu o engano de somar todas as vendas internas e externas (fora do Estado) e aplicou o instituto da substituição no total o que conseqüentemente levou a apresentar débito a favor do estado da Bahia, porém, um débito falso e inexistente. Na informação fiscal o autuante reconheceu que cometeu o erro indicado pela defesa, opinando pela improcedência da autuação. Assim, entendo que a infração em tela deve ser excluída da autuação.

Na infração 05, é imputada ao autuado falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$1.541,33, relativo às operações de saídas de mercadorias 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.

Em sua defesa, o autuado assevera que a defesa está totalmente prejudicada, pois para o auditor chegar ao valor do ICMS reclamado, se utilizou de dados que a defesa não tem conhecimento de onde vieram e como foram obtidos.

O argumento acima não é capaz de elidir a imputação, uma vez que o próprio autuante forneceu os dados para realização da Auditoria de Estoque, conforme “Relatório de Produção por Produto” elaborado pelo contribuinte, folhas 70 a 73, livro registro de Inventário, folhas 74 a 100. Por sua vez, o autuado demonstrou quais os documentos fiscais utilizados, indicando número da nota fiscal e produtos respectivos, folhas 54 a 68, como o resultado acostado à folha 53 do autos do presente PAF.

Logo, entendo que a infração restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	ICMS DEVIDO
1	PROCEDENTE	10.345,10
2	PROCEDENTE	2.734,89
3	PROC. EM PARTE	55.791,44
4	IMPROCEDENTE	0,00
5	PROCEDENTE	1.541,33
TOTAL		70.412,76

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087461.0006/05-8**, lavrado contra **POLO QUÍMICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 70.412,76**, sendo R\$ 13.079,99 acrescido da multa de 60% e R\$57.332,77 acrescido da multa de 70%, previstas no art. 42, II, “a” e “e” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de julho de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - JULGADOR