

PROCESSO - A. I. Nº 206911.0002/05-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0053-03/07
ORIGEM - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS
INTERNET - 15/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJE Nº 0177-11/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS NÃO REGISTRADAS. **b)** SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. As duas situações constituem comprovações de realização de operações sem emissão de documento fiscal exigível. Infrações parcialmente caracterizadas, após revisão dos cálculos. 2. IMPORTAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada, não cabendo sua compensação. Exigência restabelecida. Modifica a Decisão recorrida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Modificada a Decisão recorrida. Quando não há convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado. Infração parcialmente comprovada, após revisão dos cálculos. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a-1”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3ª JFJ, através do Acórdão nº 0053-03/07, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, o qual fora lavrado para exigir o ICMS, no valor de R\$ 202.888,80, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 50,00, em decorrência de diversas infrações, sendo o aludido Recurso de Ofício restrito apenas às infrações 1, 2, 3 e 5, as quais nos delimitaremos, conforme a seguir:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 36.309,45, relativo à omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos meses de Janeiro, Junho e Dezembro/04, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário.
2. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 15.255,70, 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, nos meses de Março e Setembro/04.
3. Recolheu a menor ICMS devido pelas importações de mercadorias do exterior, no valor de R\$ 1.770,88, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das

despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial.

5. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 145.481,34, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexo 88, inerentes aos meses de Fevereiro/02 a abril/04.

Na Decisão recorrida foi ressaltado que o contribuinte reconheceu integralmente as infrações 4, 6, 7, 8, 9 e 10. Assim, a lide se restringe às infrações 1, 2, 3 e 5 do Auto de Infração.

Em relação às duas primeiras infrações, foi consignado que o autuado indicou diversas inconsistências no levantamento fiscal, relativas a diversos produtos, as quais foram acatadas parcialmente pelos autuantes em sua informação fiscal. Contudo, o defendente acusou novas inconsistências, tendo a JJF determinado a realização de diligência fiscal e os autuantes procedidos novos reajustes nos demonstrativos originais, do que foi cientificado o contribuinte que apenas se manifestou acerca da movimentação dos estoques de bacalhau.

No tocante a este produto entende a JJF ser “razoável” acatar a alegação defensiva de que ocorreu emissão de nota fiscal relativa à comercialização do produto bacalhau num período que foi apurado pela fiscalização e ocorreu retorno do produto do depósito fechado no dia imediatamente do período seguinte. Dessa forma, procede a unificação dos períodos fevereiro/março e abril a junho, resultando o ICMS devido de R\$ 1.961,51, em 30/06/04.

Inerente ao levantamento fiscal relativo ao período de 01/10/04 a 31/12/04, aduz que os autuantes fizeram a inclusão nos demonstrativos dos estoques, inicial e final, existentes no depósito fechado da empresa, o que resultou no demonstrativo contido na fl. 1.792. Dessa forma, acata o mencionado demonstrativo e considera devido o valor de R\$ 66,22 (item 3 da infração 1).

Assim, após os devidos ajustes, considera parcialmente subsistentes as duas primeiras infrações, nos valores de R\$ 2.364,41 e R\$ 1.344,10, respectivamente.

Quanto à terceira infração, ressalta a JJF que o autuado reconheceu que recolheu a menos o ICMS relativo à importação de “alpiste” e pediu que o valor exigido nesta infração fosse compensado na quarta infração, que recolheu integralmente o valor exigido, o que foi acatado pelos autuantes na informação fiscal.

Esclarecem os membros da JJF que, na infração 3, a empresa apurou o imposto na importação, no mês de janeiro/04, aplicando a alíquota de 10% sobre a base de cálculo. Já na infração 4, foi exigido imposto relativo a venda do mesmo produto, no período de janeiro a abril/04, em decorrência do contribuinte ter aplicado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Dec. 7.799/00, já que o mencionado Decreto não contempla o benefício da redução da base de cálculo para aquela mercadoria.

Assim, concluem que a empresa tem direito de utilizar o crédito fiscal do ICMS que deixou de ser pago na importação de alpiste (infração 3), cujo valor creditado deve ser compensado no débito gerado pelas vendas (infração 4). Porém, como o valor do imposto exigido na infração 4 foi reconhecido e pago, inferem que o valor devido pelo recolhimento a menos pela importação, já foi pago na operação de saída da mercadoria, exigido na sua totalidade na infração 4, devendo ser dispensada a diferença exigida nesta infração. Julgam a infração insubsistente.

Por fim, no que diz respeito à quinta infração, a JJF acata o pedido de nulidade suscitado pelo autuado, quanto ao ICMS substituto exigido nesta infração, relativo às notas fiscais não juntadas ao PAF, por acarretar incerteza da acusação e dificultar o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Relativo à nota fiscal relacionada pelo autuante no demonstrativo à fl. 511, com valor de R\$ 15.750,00 que o contribuinte alegou não existir (fl. 1826), verifica a JJF que o autuante excluiu este valor no demonstrativo refeito que foi acostado à fl. 1810. Aduz também a JJF que da mesma forma foram excluídos nos Anexos 3 e 4 (fls. 1799 a 1807), as demais notas fiscais referentes aos

exercícios de 2003 e 2004, que foram relacionadas na manifestação às fls. 1825 e 1826, o que atende ao pleito formulado pelo autuado.

Assim, a Decisão é de acolher em parte a alegação defensiva e acatar o demonstrativo de débito elaborado pelos autuantes às fls. 1796 e 1797, com suporte no levantamento fiscal cujas cópias foram juntadas por eles às fls. 1799 a 1812 e julgar parcialmente procedente a infração 5, com valor devido de R\$ 91.568,12.

A Decisão recorrida, por unanimidade, julgou procedente em parte o Auto de Infração, no valor de R\$ 99.398,06, recorrendo de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

As infrações em exame, objeto do Recurso de Ofício, decorrem da exigência do ICMS apurado através: da auditoria de estoques (infrações 1 e 2); do recolhimento a menos do imposto devido na importação, em razão de aplicar indevidamente a redução da base de cálculo prevista no Decreto nº. 7799/00 para a mercadoria “alpiste”, não contemplada no aludido Decreto (infração 3), como também do recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas nos anexo 88 (infração 5).

Quanto às duas primeiras infrações, relativas ao levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, verifico que a Decisão recorrida acolheu as reduções promovidas pelos autuantes, em sua informação fiscal, por terem acatados, em parte, as inconsistências apontadas pelo sujeito passivo relativas a diversos produtos, a exemplo de: prendedor de roupa, café solúvel, pilha, sabão azul, esponja de aço e papel higiênico, visto que inexistem controvérsias, pois o autuado, ao ser cientificado da nova informação fiscal, apenas se manifestou acerca da movimentação dos estoques de bacalhau, sob a alegação de que não foram incluídas as operações de remessas e de retorno de armazenamento, que em alguns casos a mercadoria era comercializada sem que tivesse disponibilidade na própria empresa.

Assim, diante de tais considerações, a JJF entendeu razoável proceder a unificação dos períodos mensais, relativo ao bacalhau, para considerar o período de 01/02/04 a 30/06/04, de forma a absorver a ocorrência de emissão de nota fiscal num período fiscalizado e o retorno do depósito fechado no dia imediatamente do período seguinte, compensando, assim, a omissão de entrada de 60 cx. de bacalhau de 10 kg e 326 cx. de 25 kg, inerente aos meses de fevereiro e março/04, com a omissão de saída de 51 cx. de bacalhau de 10 kg e 378 cx. de 25 kg nos meses de abril a junho/04, o que resultou na constatação da omissão de saídas de 52 cx. de bacalhau de 25 kg e um ICMS devido de R\$ 1.961,51, cujo valor adicionado aos demais produtos auditados perfaz o montante de ICMS de R\$ 2.364,41, para a primeira infração, e de R\$ 1.344,10, para a segunda infração.

Considerando as justificativas acima expostas, principalmente a existência de operações de remessas e retornos de armazenamento do produto bacalhau, no caso concreto, excepcionalmente, considero sensata a unificação do período de apuração da aludida mercadoria, de forma a se quantificar mais precisamente as operações, objeto da fiscalização. Assim, concordo com a Decisão recorrida quanto às duas primeiras infrações.

No tocante à terceira infração, a qual se exige o imposto recolhido a menos na importação de alpiste decorrente da aplicação indevida de redução da base de cálculo prevista no Decreto nº. 7799/00, a Decisão recorrida foi de que esta diferença já foi paga na operação de saída do alpiste, exigido na sua totalidade na infração 4, a qual reclama o imposto relativo a venda do mesmo produto, no mesmo período, em decorrência do contribuinte ter aplicado indevidamente a redução da base de cálculo prevista no referido Decreto, uma vez que não contempla o benefício da redução da base de cálculo para aquela mercadoria.

Contudo, não posso concordar com tal entendimento de compensação, pois na infração 03 se exige o ICMS sobre a importação de alpiste, recolhido a menos, cujo fato gerador do imposto é a **operação de entrada da mercadoria importada do exterior**, enquanto na infração 04 o ICMS incidente é sobre a **operação de saída** do alpiste, portanto fato gerador diferente do anterior.

Assim, é notória a pertinência da exigência fiscal, relativa à terceira infração, não cabendo a sua absorção pela imposição relativa à quarta infração, por se tratar de momentos e fatos geradores diferentes.

Portanto, mesmo sob a justificativa de que a empresa teria direito de utilizar o crédito fiscal do ICMS que deixou de ser pago na importação (infração 3), cujo valor creditado seria compensado no débito gerado pelas vendas (infração 4), tal entendimento é temerário, sob pena de torná-se letra morta a legislação pertinente. Há de se ressaltar que a alegada compensação, relativa ao valor exigido, só seria cabível caso fosse procedido o recolhimento em sua integralidade, o que não ocorreu.

Assim, concluo pelo restabelecimento do valor exigido de R\$ 1.770,88, relativo à infração 03.

Por fim, inerente à quinta infração, também corroboro com a Decisão recorrida ao excluir do valor exigido as notas fiscais não juntadas ao PAF, por acarretar incerteza da acusação e dificultar o exercício do direito de defesa do contribuinte.

Do exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Ofício para modificar a Decisão recorrida e restabelecer o valor exigido de R\$ 1.770,88, relativo à terceira infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso de Ofício apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206911.0002/05-7, lavrado contra **SUEL SUDOESTE ESTIVAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$101.118,94** acrescido das multas de 60% sobre R\$96.451,80 e 70% sobre R\$4.667,14 previstas no art. 42, II, “a”, “d”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da citada lei, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. PGE/PROFIS