

A.I. N.º - 120208.0011/06-8
AUTUADO - CERA INGLEZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - IVAN DIAS DE SOUZA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 29/05/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 01004-05/07

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO A MENOS, NA CONDIÇÃO DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Excluídos os valores pertinentes à venda para consumidores finais e as quantias relativas ao IPI considerada incorretamente. Infração parcialmente caracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. a) Desencontro entre os valores do imposto lançados no livro Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS; b) Divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Infrações elididas. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária; b) MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Imposto devido pela falta de retenção e o conseqüente colhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 31/03/06, para exigir ICMS no valor de R\$14.743,21, acrescido das multas de 60% e 70%, em razão das seguintes infrações:

1. Retenção e recolhimento a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado – R\$1.107,57;
2. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Saídas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$1.379,77;
3. Recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$9.078,84;
4. falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da

falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis (exercícios de 2002 e 2004).– R\$1.336,99;

1. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria nos exercícios fechados de 2002 e 2004 — R\$467,95;

2. 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 no exercício fechado de 2005 – R\$1.372,09.

O autuado apresenta impugnação às fls. 270 a 311, inicialmente esclarecendo que a mesma é tempestiva. Descreve, ainda, a atividade explorada pela empresa, seu procedimento fiscal e transcreve as infrações a ele imputadas.

No mérito, em relação à primeira infração, depois de tecer considerações a respeito da substituição tributária, alega que o autuante não atentou que no período fiscalizado algumas operações de vendas foram feitas para não contribuintes do ICMS. Transcreve os artigos 353 e 355, do RICMS/97, o art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e cita as notas fiscais que em seu entendimento não estariam sujeitas à cobrança no presente item da autuação.

Questiona, ainda, nessa infração a inclusão do valor do IPI no cálculo do ICMS, alegando que o tributo federal não deve incidir sobre vendas de mercadorias amparadas pela imunidade tributária. Argumenta que a mercadoria “removedores” não sofre incidência do IPI. Faz em seguida breve análise da legislação tributária, citando artigos do CTN, da C.F., e do RICMS/97 (art. 61), visando demonstrar que o IPI não deve integrar a base de cálculo do ICMS na situação em comento.

No que tange à infração 2, aduz que o autuante computou no relatório “Resumo da Apuração do ICMS”, relativo ao mês de agosto/04, valores que não condizem com a realidade dos fatos. Reconhece que houve uma escrituração imprecisa na guia de recolhimento, pois onde deveria constar R\$ 1.664,27, lançou o valor de R\$320,66. No entanto, afirma que o autuante não observou que no campo de informações complementares da referida guia o valor estava correto. Argumenta, ainda, que o autuante anexou ao Auto de Infração cópias de Registro de Apuração de IPI, como se fosse ICMS, confundindo os valores devidos para cada tributo.

No que diz respeito à terceira infração, alega que da mesma forma que a segunda infração o autuante considerou valores recolhidos de IPI como se fosse ICMS. Afirma que também não deve prosperar a exigência em comento.

Quanto às infrações, 4, 5 e 6, alega que as tipificações das infrações não se subsumem aos fatos que teriam dado base ao levantamento quantitativo, uma vez que o autuante não atentou para a sistemática adotada pela empresa quando do lançamento das entradas e saídas das mercadorias no livro Registro de Controle da Produção e do Estoque. Entende que o uso do sistema SINTEGRA isoladamente não pode ser aceito. Cita como exemplo a mercadoria “ardozia verde” e explica como ocorreram as divergências entre os números constantes no seu livro fiscal e os que foram considerados pelo autuante.

Por fim, o autuado questiona a legalidade e constitucionalidade do Auto de Infração, entendendo que há vícios materiais e formais que ensejam a nulidade do mesmo. Volta a repetir o fato do

autuante não ter utilizado o livro Registro de Controle da Produção e alega que não foi apresentada a forma utilizada no levantamento quantitativo, bem como os dispositivos legais infringidos.

Conclui a peça defensiva abordando os princípios da proporcionalidade e do não-confisco, além do excesso da multa, requerendo a anulação ou improcedência do feito fiscal.

O autuante em informação fiscal (fl. 529), diz em relação à primeira infração, que revisou todos os lançamentos, abatendo valores em função de produtos com IPI zero e vendas a consumidores finais. Ressalta que procedeu dessa forma somente naqueles casos em que as notas fiscais informadas pelo autuado mostravam o produto com IPI zero ou quando foi constatado que o destinatário só poderia ser contribuinte final. Acrescenta que nos demais casos a autuação original foi mantida.

No que diz respeito às infrações 2 e 3 acatou plenamente os argumentos da defesa.

Quanto às infrações 4, 5 e 6, diz que o autuado reclamou que o livro Registro de Controle da Produção e do Estoque não foi considerado, porém aduz que o contribuinte não é estabelecimento industrial, e que por isso não achou necessário utilizar o mencionado livro fiscal. Ao final, manteve na íntegra as infrações em comento.

Esta JJF deliberou (fl. 533) que o presente processo fosse convertido em diligência à Infaz de Origem, para que o autuante apresentasse novo demonstrativo de débito, em virtude do mesmo ter acatado algumas contestações do sujeito passivo em sua peça defensiva (infrações 01 a 03).

Em relação às infrações 04 a 06, mesmo considerando que o autuado só utilizou como exemplo para contestar a ação fiscal, o produto “ardósia verde”, foi solicitado também que o autuante prestasse nova informação de acordo com o que determina o parágrafo 6º, do artigo 127, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

O autuante, atendendo a solicitação supra, informou às fls. 535/536, que após revisar todos os lançamentos e abater valores em função de produtos com IPI zero (fl. 537) e vendas a consumidores finais (fl. 538), elaborou novo demonstrativo (fl. 539). Opinou pela redução do valor originariamente exigido, para a infração 1, conforme planilha abaixo:

Data ocorr.	Data venc.	Base de Cálculo	Aliq.	Multa	Valor histórico	Valor em real
31/01/2003	09/02/2003	221,41	17,00	60,00	37,64	37,64
28/02/2003	09/03/2003	272,47	17,00	60,00	46,32	46,32
30/04/2003	09/05/2003	134,76	17,00	60,00	22,91	22,91
30/05/2003	09/06/2003	76,59	17,00	60,00	13,02	13,02
30/09/2003	09/10/2003	82,06	17,00	60,00	13,95	13,95
30/10/2003	09/11/2003	87,18	17,00	60,00	14,82	14,82
30/01/2004	09/02/2004	0,88	17,00	60,00	0,15	0,15
30/03/2004	09/05/2004	143,71	17,00	60,00	24,43	24,43
TOTAL						173,24

No que diz respeito à infração 4, informou que retirou do levantamento, no exercício de 2002, o produto código 35459 - ardósia verde - CJ 3X850 ML (pág. 165) e em 2004 o produto código 32522 - ardósia verde - CJ 3X850 ML (pág. 209), chegando aos seguintes números:

Data ocorr.	Data venc.	Base Cálculo	Aliq	Multa	Valor histórico	Valor em real
30/12/2002	09/01/2003	1758,82	17,00	70,00	298,99	298,99
30/12/2004	09/01/2005	5769,33	17,00	70,00	980,79	980,79

Quanto à infração 5, disse que chegou aos valores abaixo, após retirar, no exercício de 2002, o

produto código 35459 - ardósia verde - CJ 3X850 ML (pág. 166) e em 2004, após retirar o produto código 32557 - ardósia verde - CJ 3X850 ML (pág. 211) :

Data ocorr.	Data venc.	Base Cálculo	Aliq	Multa	Valor histórico	Valor em real
30/12/2002	09/01/2003	615,59	17,00	60,00	104,65	104,65
30/12/2004	09/01/2005	2034,53	17,00	60,00	345,87	345,87

No que tange à infração 6, aduziu que para chegar aos valores abaixo, retirou do calculo efetuado para o exercício de 2005 o produto código 1518 - ardósia verde - CJ 3X850 ML (pág. 250) :

Data ocorr.	Data venc.	Base Cálculo	Aliq	Multa	Valor histórico	Valor em real
30/12/2005	09/01/2006	6.651,29	17,00	70,00	1.130,72	1130,72

O autuado foi intimado (fls. 548/549) para tomar ciência da informação fiscal prestada, bem como das retificações efetuadas pelo autuante, porém não se manifestou a respeito.

VOTO

Inicialmente fica rejeitada a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, em relação ao levantamento quantitativo realizado, uma vez que a autuação obedeceu às determinações contidas no RPAF/99. A peça acusatória juntamente com os demonstrativos acostados aos autos descreve de forma satisfatória as situações ocorridas, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa, haja vista, inclusive, que no prazo legal o autuado manifestou-se, demonstrando ter ciência da exigência fiscal.

Ressalto, ainda, que os enquadramentos legais estão perfeitamente mencionados no Auto de Infração, e que o levantamento realizado obedeceu às disposições contidas no RICMS/97, explicitado através da Portaria nº 445/98.

No mérito, na primeira infração o autuado alegou que o autuante não atentou que no período fiscalizado algumas operações de vendas foram feitas para não contribuintes do ICMS, e que o autuante também cobrou indevidamente ICMS ao incluir na base de cálculo desse imposto, IPI em situações onde o tributo federal tinha alíquota zero.

Efetivamente, assiste razão ao autuado, fato, inclusive reconhecido pelo autuante, que por ocasião de sua informação fiscal revisou o lançamento, abatendo os valores em função de produtos com IPI zero (fl. 537) e os relativos a vendas para consumidores finais (fl. 538). Dessa forma, ficam mantidos apenas os demais casos, conforme demonstrativo à fl. 539, ou seja, o valor a ser exigido para a infração em comento fica reduzido para o montante de R\$173,24.

No que diz respeito às infrações 2 e 3, restou evidenciado nos autos que o autuante considerou valores recolhidos de IPI como se fosse ICMS, gerando a suposta diferença do imposto estadual a recolher. Vale acrescenta que o próprio autuante reconheceu o equívoco e também concordou com exclusão das exigências em questão. Infrações elididas.

Em relação ao levantamento quantitativo realizado (infrações 4, 5 e 6), o autuado alegou que o autuante não atentou para a sistemática adotada pela empresa quando do lançamento das entradas e saídas das mercadorias no livro Registro de Controle da Produção e do Estoque e citou divergências de números no que diz respeito a mercadoria “ardozia verde”.

No entanto, verifico que o autuado não apresentou qualquer documento que evidenciasse qualquer erro no levantamento fiscal inicialmente realizado, mesmo após a diligência realizada. Até mesmo o questionamento relativo à mercadoria “ardósia verde” não foi embasado por documentos que comprovassem a inexatidão dos dados fornecidos pelo sistema SINTEGRA. Pelo

que dispõe o art. 142, do RPAF/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Dessa forma, apesar do autuante em sua última informação, ter simplesmente excluído do levantamento a mercadoria acima mencionada, entendo que a exigência sobre a mesma deve prevalecer, tendo em vista o acima exposto, e ainda considerando que o autuado alegou que a mercadoria “ardózia verde” foi adquirida em caixas com 3 unidades e comercializadas em unidades separadas, mas não apresentou qualquer nota fiscal demonstrando que efetivamente a mercadoria era comercializada da forma alegada.

Portanto, não tendo o autuado acostado ao processo qualquer documento que comprovasse erro nos dados fornecidos pelo sistema SINTEGRA, mantenho as exigências em análise.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em virtude da redução do valor exigido na infração 1 para R\$ 173,24 (demonstrativo de débito à fl. 539), da exclusão dos valores exigidos nas infrações 2 e 3, e mantendo-se integralmente as infrações 4, 5 e 6.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 120208.0011/06-8, lavrado contra **CERA INGLEZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.350,27**, acrescido das multas de 60% sobre o valor de R\$641,19 e 70% sobre o valor de R\$2.709,08, previstas no art. 42, II, “a” e “e” e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS - JULGADOR