

A. I. N° - 206886.0003/07-8
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 24.08.07

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0240-04/07

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) 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. b) SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PRODUTOS ENQUADRADOS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES DE SAÍDA DO ESTABELECIMENTO ATACADISTA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. A lei atribui ao atacadista distribuidor a condição de sujeito passivo por substituição, relativamente ao imposto a ser retido nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo referente à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado. Fato comprovado. c) 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. Comprovado que não foram computadas ou computadas quantidades incorretas no levantamento quantitativo. Refeito os cálculos, o que resultou em redução do débito das infrações 1 e 3, e agravamento da infração 2. Infrações procedentes em parte. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENERGIA ELÉTRICA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a energia elétrica consumida em estabelecimento comercial na época da ocorrência dos fatos geradores. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/03/07, exige ICMS no valor de R\$5.881,29 acrescido de multas de 60% e 70%, referente às seguintes irregularidades:

01. Falta de recolhimento do ICMS 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, apurada mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis - (2002) R\$3.167,55.

02. 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 (2003) - R\$1.740,86.

03. Falta de retenção e o conseqüente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e conseqüentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2002)- R\$633,51.

04. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de energia elétrica, no período de janeiro a abril de 2002 - R\$339,37.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 164 a 178), por meio de advogada legalmente habilitada, preliminarmente suscita a nulidade do Auto de Infração, por entender que o levantamento quantitativo de suporte do lançamento não guarda conformidade com sua escrita fiscal para efeito de exigibilidade do imposto amparada em presunção legal. Afirma que conforme disposto no art. 142 do Código Tributário Nacional (CTN), para validar o lançamento do crédito tributário é indispensável a identificação dos elementos inerentes à configuração da obrigação tributária tais como: fato gerador, matéria e quantificação do imposto devido. Diz que não há do que se falar de lançamento do ICMS de entrada e saída de mercadorias sem a identificação das operações promovidas pelo estabelecimento, o que não configura hipótese de incidência do imposto.

No mérito, esclarece que exerce atividade de comercialização de cimento, recebendo em transferência as mercadorias produzidas em outro estabelecimento e que a cobrança dos valores contidos nas infrações contém equívocos, conforme passou a expor.

Exercício de 2002

- a) comercializa cimento de 50 kg em sacos com duas e três folhas, sendo segregado em razão da sacaria, no arquivo SINTEGRA e livro Registro de Inventário, inclusive separando os sacos de cimento de 25 e 50 kg;
- b) foi considerado no levantamento fiscal saída de 300 sacos de cimento pela nota fiscal 8505, que se refere a saída ocorrida no ano de 2001;
- c) não foi considerado a saída de um saco de cimento pela nota fiscal 9200;
- d) não procede a alegada omissão de entrada e saída, respectivamente de 1493 e 1182 sacos.

Exercício de 2003

CIMENTO DE 25 KG: foi considerado saídas pelas notas fiscais 22494 e 22628, quantidades de 10 e 20 sacos de cimento de 50 kg quando na realidade se trata de sacos de 25 kg, o que elimina a omissão de saída apontada de 30 sacos.

CIMENTO DE 50 KG:

- 1) foi considerado saídas de 560 sacos pela nota fiscal 15541, que se refere a saída no ano de 2002;

- 2) computou no levantamento quantidades de 1 sacos de cimento em vez de 50, 10, 10, 10 pelas notas fiscais 22493, 22500, 22627 e 22799, o que gerou diferença de 86 sacos;
- 3) Não considerou devolução de 45 sacos da NF 005, relativo a nota fiscal 20779.

Com relação à infração 4, afirma que o crédito fiscal utilizado relativo a energia elétrica, obedece as regras previstas na Constituição Federal, com fundamento no princípio da não cumulatividade do ICMS, não podendo ser negado este direito por norma infraconstitucional.

Transcreve diversos artigos da Constituição Federal (155, II), Lei Complementar 87/96 (19, 20) Lei 7.014/96 (art. 2º, 31, 88, 29) e do RICMS/BA (art. 1º, 91, 92, II, 93, II) para tentar demonstrar que a escrituração do crédito fiscal é resultante de débito em operação anterior e que tendo sido utilizada a energia elétrica em operações e prestações subsequentes tributadas pelo ICMS, é assegurado o direito do crédito fiscal, em conformidade com os dispositivos regulamentares citados, em obediência ao princípio não cumulativo do imposto.

Requer a realização de diligência para verificar a regularidade do lançamento.

Pondera que as multas aplicadas com percentuais de 60% e 70% configuram confisco, tendo em vista que sua aplicação deve cumprir finalidade de alcançar o dano decorrente do inadimplemento da obrigação tributária e que excedem em muito qualquer ganho obtido com a operação, promovendo verdadeira redução patrimonial e continuidade do empreendimento. Transcreve os artigos 113 do CTN e 150, IV da Constituição Federal (fls. 174/175), trechos de autoria dos professores Ângela Maria da Mota Monteiro, Sampaio Doria, José Orlando Rocha de Carvalho e Ives Gandra Martins, bem como ementas de diversos recursos julgados por Tribunais Superiores (fls. 176/177), para reforçar o seu posicionamento de que as multas aplicadas configuram confisco, são excessivas, desproporcionais e que desviam da finalidade de sua aplicação.

Conclui afirmando que as infrações apontadas na autuação decorrem de equívocos cometidos pela fiscalização, solicita a realização de diligência para confirmar suas alegações defensivas e requer a nulidade da ação fiscal, se não acatada, que seja julgada improcedente.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 229 a 231, inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e diz que o pedido de nulidade suscitado pelo recorrente não pode prosperar tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado tendo como suporte os demonstrativos referentes ao levantamento quantitativo de entradas e saídas juntados ao processo.

Quanto às infrações 1 a 3, ressalta que não foram considerados omissões de entradas e saídas no mesmo exercício e que o levantamento fiscal foi efetuado tendo como suporte “os Arquivos Magnéticos transmitidos pelo Contribuinte ao Sistema da Sefaz que reflete os elementos da escrita fiscal”.

Com relação à infração 4, referente a utilização de crédito fiscal de energia elétrica, afirma que o autuado exerce atividade de comercialização de cimento produzido por outro estabelecimento e que nesta situação não está amparado no art. 93, II, “a” do RICMS/BA e sim na alínea “b” cuja permissividade de crédito de energia ocorreu apenas no período de janeiro/96 a dezembro/00.

Finaliza mantendo integralmente a autuação.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob o argumento de que o lançamento não guarda conformidade com sua escrita fiscal, o que foi contestado pelo autuante. Verifico que as infrações apontadas na autuação estão fundamentadas nos demonstrativos juntados às fls. 12 a 148, nos quais foi apurado a base de cálculo e as alíquotas das omissões apontadas, cujas cópias foram entregues ao impugnante, atendendo a todas as formalidades legais previstas, constantes do art. 38 do RPAF/99 e demais dispositivos regulamentares, não ensejando em qualquer violação

ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte, a qual foi exercida plenamente, tendo em vista que o impugnante entendeu perfeitamente a matéria em discussão e apresentou nos autos uma defesa clara e totalmente voltada ao foco da questão.

Deixo de acatar, também, o pedido de diligência formulado, 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 com base nos documentos fiscais devidamente escriturados, o autuado solicitou que fosse verificado o correto lançamento de créditos na sua escrituração fiscal, fato que não foi contestado pelo autuante, tendo em vista que a questão que se apresenta é se existe ou não o direito da utilização do crédito fiscal, fato que será apreciado no mérito a seguir.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias e da utilização indevida de crédito fiscal.

Com relação às três primeiras infrações o autuado na defesa apontou diversos equívocos que foram cometidos pelo autuante no levantamento fiscal, o que foi contestado na informação fiscal sob alegação de que o levantamento fiscal foi feito com base nos dados contidos nos arquivos magnéticos fornecidos pelo autuado.

Pelo confronto dos documentos juntados com a defesa com o do pelo autuante, verifico que:

Com relação aos estoques, verifico que as quantidades registradas no livro de Registro de Inventário, constantes no estoque final de 2001 (fls. 203/204), foram corretamente transportadas para o estoque inicial de 2002, no demonstrativo à fl. 14.

Com relação ao argumento de que no exercício de 2002, foi considerado no levantamento fiscal saída de 300 sacos de cimento de 50 kg pela nota fiscal 8505, que se refere à saída ocorrida no ano de 2001. Constatado que conforme cópia da mencionada nota fiscal juntada com a defesa à fl. 210, indica que as mercadorias saíram do estabelecimento no dia 02/01/02 às 15:04. Portanto, restou comprovado que as mercadorias saíram do estabelecimento no exercício fiscalizado (2002) e está correta a inclusão das quantidades correspondentes no levantamento fiscal. Além do mais, conforme esclarecido pelo autuante, o levantamento fiscal foi feito com base nos dados contidos no arquivo magnético fornecido pelo contribuinte, o que denota que ele considerou a saída das mercadorias desta operação no exercício fiscalizado, ao contrário do que afirmou na defesa.

No tocante a alegação de que não foi considerada a saída de um saco de cimento pela nota fiscal 9200, verifico que esta quantidade não foi computada no levantamento à fl. 34, devendo ser adicionado uma unidade às saídas de 247.650 sacos, passando para 247.651 sacos. Tomo como base o demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 14 e faço o ajuste o que resultou em valor devido de R\$3.165,43 para a infração 1 e R\$633,09 para a infração 3. Infrações procedente em parte.

2002	kg	COM NF	OM. SAÍDA	OM. SAÍDA	PM	.MVA	PR. C/MVA	ALIQ.	OM SAÍDA	ICMS NORM.	ICMS ST
Cimento	25	16.405	16.405	0			0,0000	17%			
Cimento	50	247.651	247.651	1.492	12,48	20,00%	14,9760	17%	18.620,16	3.165,43	633,09
Cimento	50	353.245	353.245		11,97		11,9700	17%			

Quanto à alegação de que no levantamento fiscal referente ao exercício de 2003, foi considerada saída pelas notas fiscais 22494 e 22628, quantidades de 10 e 20 sacos de cimento de 50 kg quando na realidade se trata de sacos de 25 kg, verifico que conforme cópia das mencionadas notas fiscais juntadas com a defesa às fls. 214 e 215, demonstra que teve saída de 30 sacos cimento de 25 kg (10 + 20) e no demonstrativo à fl. 96, foram computadas equivocadamente saídas respectivas de 11 sacos (10 + 1) de cimento de em 50 kg. Dessa forma, tomo o demonstrativo do autuante à fl.

66, e faço a inclusão de 30 sacos nas saídas do primeiro item (25 kg) e exclusão de 11 sacos no segundo item (595 -11=584).

Com relação ao argumento de que foi considerada saída de 560 sacos pela nota fiscal 15541, que se refere à saída no ano de 2002, constato que conforme grafado na cópia da mencionada nota fiscal juntada à defesa (fl. 217), embora tenha sido emitida no exercício de 2002, as mercadorias só saíram do estabelecimento no dia 3/01/03. Portanto, no dia 31/12/2002 ainda integrava os estoques do estabelecimento e está correto o procedimento adotado pela fiscalização. Além disso, conforme apreciado anteriormente em relação ao exercício de 2002, o levantamento fiscal foi efetuado com base nos dados contidos no arquivo magnético fornecido pelo próprio contribuinte.

No tocante à alegação de que o autuante computou no levantamento quantidades de 1 saco de cimento em vez de 50, 10, 10, 10 consignados nas notas fiscais 22493, 22500, 22627 e 22799, verifico que conforme cópias das notas fiscais acostadas com a defesa às fls. 218 a 221, a primeira nota fiscal consigna 50 sacos e as demais 10 sacos cada, enquanto no demonstrativo à fl. 96 foi relacionado equivocadamente pelo autuante apenas uma unidade relativa a cada nota fiscal. Pelo exposto, procede à alegação defensiva, tomo como base o demonstrativo analítico à fl. 66 e faço a inclusão nas saídas de mais 86 unidades (584+86=670).

Relativamente à alegação de que não considerou devolução de 45 sacos referente pela nota fiscal 005 (fl. 222), relativo à nota fiscal 20779, constato que conforme demonstrativo à fl. 143 foi computada saída desta quantidade, mas não foi computada a quantidade correspondente no demonstrativo das entradas à fl. 82. Dessa forma, tomo como base o demonstrativo à fl. 66 e adiciono mais 45 sacos às entradas (2135+45=2180), o que zerou a omissão de entrada apontada do quarto item.

Com os ajustes procedidos, agravou o valor do imposto exigido, passando de R\$1.740,86 (fl. 65) para R\$1.794,58, conforme demonstrativo abaixo.

DISCRIM.	QUANTIDADES						SAÍDAS	D I F.	PRÊÇO	BASE DE CÁLCULO		ICMS
2003	Kg	E. NIC	COMPRAS	TOTAL	EST. FINAL	SAIDAS REAIS	COM NF	OM. ENT.	PM	ALIQ.	OM ENT.	DEVIDO
Cimento	25	0	18.844	18.844	648,00	18.196,00	18.196,00		8,13	17%		0,00
Cimento	50	0	25	25	0,00	25,00	670,00	645	15,17	17%	9.632,95	1.637,60
Cimento	50	0,0	977.140	977.140	10.983,00	966.157,00	966.233,00	76	12,15	17%	923,40	156,98
Cimento	50	0,0	2.180	2.180	0,00	2.180,00	2.180,00	0	14,89	17%	0,00	0,00
Total												1.794,58

Obs. Ajuste do item 1: 18.166+30=18.1966 (NF22494 e 22628);

Obs. Ajuste do item 2: 595-11=584 (NF 22494 e 22628); 584+86=670 (NF 22493, 22500, 22627 e 22799)

Obs. Ajuste do item 4: 2.135+45=2180 (NF 005)

Com relação à infração 4, o autuado alegou que com base no princípio da não cumulatividade do ICMS, não pode ser negado o direito ao crédito fiscal na aquisição de energia elétrica.

O art. 33 de LC 87/96, com redação da LC 102/00, vigente na época da ocorrência dos fatos geradores (janeiro a março/02), abaixo transcrito, estabelecia que:

Art. 33. Na aplicação do art. 20 observar-se-á o seguinte:

II - somente dará direito a crédito a entrada de energia elétrica no estabelecimento:

- a) quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;
- b) quando consumida no processo de industrialização;
- c) quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e
- d) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas demais hipóteses;

Pelo exposto, o estabelecimento autuado exerce atividade de revenda de cimento produzido em outra unidade industrial e de acordo com a legislação vigente na época dos fatos geradores não

era permitido fazer uso de crédito fiscal concernente à aquisição de energia elétrica empregada no consumo de estabelecimento comercial, regra esta introduzida no art. 93, II, “b” do RICMS/BA.

Quanto à arguição da inconstitucionalidade fundamentada no art. 155, IV da CF/88, conforme disposto no art. 167 do RPAF/BA, não compete a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária. Portanto, é inoportuno a discussão sobre esta alegação nesta fase processual.

Dessa forma, deve ser mantido o valor exigido na infração 04.

Com relação aos argumentos de que os percentuais das multas aplicadas são elevados, desproporcionais e configuram confisco, observo que as mesmas são previstas no art. 42 da Lei 7.014/96, portanto é legal a sua aplicação. Ressalto que conforme disposto no art. 45-A da citada Lei, as multas poderão ser reduzidas em até 100%, conforme condições estabelecidas no demonstrativo de débito e anexo juntados às fls. 4 e 5.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo, ficando limitado ao montante de R\$5.878,75 exigido neste lançamento. Recomendo a autoridade fazendária mandar adotar as providências para que o contribuinte efetue o pagamento do valor complementar apurado.

Infração	Data Ocorr.	Data Vencido	Base Cálculo	Aliq. %	Multa %	Valor do Débito	Autuado	Devido
1	31/12/02	09/01/03	18.620,18	17,00	70,00	3.165,43	3.167,55	3.165,43
2	31/12/03	09/01/04	10.708,06	17,00	70,00	1.820,37	1.740,86	1.740,86
3	31/12/02	09/01/03	3.724,06	17,00	60,00	633,09	633,51	633,09
4	31/01/02	09/02/02	377,29	17,00	60,00	64,14	64,14	64,14
4	28/02/02	09/03/02	425,65	17,00	60,00	72,36	72,36	72,36
4	31/03/02	09/04/02	605,71	17,00	60,00	102,97	102,97	102,97
4	30/04/02	09/05/02	587,65	17,00	60,00	99,90	99,90	99,90
Total						5.958,26	5.881,29	5.878,75

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 **206886.0003/07-8**, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.878,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$972,46 e 70% sobre R\$4.906,29, previstas no art. 42, II, “e”, VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR