

A. I. N° - 207101.0003/07-0
AUTUADO - REAL MOTO PEÇAS LTDA.
AUTUANTES - NEUSA MARIA GOMES VIEIRA e MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 13.03.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0039-04/08

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a) PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. b) FALTA DE PAGAMENTO.** 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. **Infrações comprovadas. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUE. SAÍDAS E ENTRADAS 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, neste caso, as operações de entradas. **Infração comprovada. 3. EMISSÃO E REGISTRO DE NOTAS FISCAIS DE ENTRADAS A TÍTULO DE AJUSTE DE ESTOQUE. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Comprovada a emissão de notas fiscais de entradas sem comprovação da origem das mercadorias e conseqüente pagamento do imposto. **Infração não elidida. Preliminares de nulidade rejeitadas. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/09/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 129.259,16, em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação relacionadas nos Anexo 88 do RICMS/97, referente aos meses de janeiro a dezembro de 2006. ICMS de R\$ 37.690,35 e multa de 60%.
2. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas 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. Referente ao período de 01 de janeiro de 2006 a 31 de dezembro de 2006. ICMS de R\$ 49.279,51 e multa de 70%.

3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias sem documentação fiscal. ICMS de R\$ 4.240,79 e multa de 100%.
4. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, em razão de o contribuinte ter dado entrada de mercadorias tributadas no estabelecimento através da emissão de notas fiscais com CFOP 1949, tendo como emitente e destinatário o próprio contribuinte, sem, contudo, comprovar a origem das referidas mercadorias e consequentemente sem o recolhimento do imposto devido. ICMS de R\$ 38.048,51 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 887 a 918, com as seguintes alegações:

Inicialmente transcreve a legislação do ICMS que fundamenta as infrações afirmando que demonstrará a improcedência da autuação pelos motivos que elenca.

Antes de adentrar no mérito invoca cerceamento de defesa, pois o autuante mencionou diversos dispositivos legais, de forma genérica, sem identificar quais os incisos e alíneas que segundo seu entendimento teriam sido violados, a exemplo dos artigos 2 e 50 do RICMS/BA.

Colaciona jurisprudência pela nulidade de autuações genéricas ou precárias, ressaltando que o próprio RPAF/99, estipula expressamente a necessidade de que o Auto de Infração seja lavrado de forma clara, precisa e sucinta.

No mérito, impugna a infração 01, com base em que diversas operações realizadas no exercício de 2006 foram equivocadamente e genericamente consideradas como operações sujeitas ao regime de substituição tributária, motivo pelo qual haveria ausência de recolhimento do ICMS antecipado.

Aduz que o exame de todas as notas fiscais do período, que serão apresentadas oportunamente, demonstrará, de forma cristalina, a errônea generalização levada a efeito pela fiscalização, desconsiderando a regra do art. 353, II do RICMS que estabelece, expressamente, quais itens do setor de autopeças podem ser submetidos ao regime da substituição tributária.

Quanto à infração 02, refuta o levantamento fiscal, asseverando que tem condições de demonstrar através de documentação, que será oportunamente juntada, que não há nenhuma diferença entre as entradas e as saídas, mas apenas erro decorrente do precário levantamento realizado pela fiscalização. Entende que esta presunção *juris tantum*, contudo, pode ser elidida, bastando à impugnante demonstrar que os levantamentos realizados pela fiscalização são ilíquidos, e não refletem a realidade das operações, que conforme se comprovará posteriormente, não apresentam qualquer diferença, muito menos ausência de recolhimento do imposto.

Assim, argumenta que o lançamento é nulo, a uma porque os levantamentos são falhos, e a duas, porque consoante noção elementar do direito a fraude não se presume, devendo ser provada por quem a alega.

Aponta que na infração 03 a fiscalização, de forma unilateral, baseou-se em meras informações de fornecedores, para presumir que a operação tenha ocorrido, esquecendo-se, entretanto, para carrear materialidade à sua pretensão, de verificar se a defendente havia, de fato, recebido referidas mercadorias. Afirma que não houve qualquer operação de aquisição de mercadorias que ensejasse a escrituração no período fiscalizado. Trata-se de simples constatação fática e documental que, diligentemente, fará juntar aos presentes autos.

No que concerne à infração 04, diz que na realidade ocorreu uma falha formal de escrituração, uma vez que para acertar os números de seu estoque emitiu, de forma equivocada, notas fiscais de entrada, sem, entretanto, registrar os créditos. Entende que referido método de acerto contábil, apesar de ortodoxo, não gerou nenhum prejuízo para o Estado, uma vez que a escrituração errônea das mencionadas entradas não gerou qualquer crédito que pudesse diminuir um débito

posterior, sendo autêntica falha formal, que poderia ensejar uma penalidade de caráter acessório, jamais a glosa integral da operação.

Pugna pela improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal, fls. 920 a 922, e esclarecem os seguintes pontos:

Não houve cerceamento de defesa pois foram entregues ao contribuinte cópias de todos os demonstrativos e notas fiscais anexadas ao auto de infração, juntamente com um CD contendo as planilhas e cálculos referentes às infrações apuradas, conforme termo de entrega do resultado da fiscalização, anexa fls. 11 e 12. Outrossim estão determinadas de forma clara e objetiva as infrações cometidas e os dispositivos legais infringidos, de acordo com a legislação do ICMS.

Quanto à infração 01, a empresa tem como atividade o comércio por atacado de peças e acessórios para uso em veículos automotores, e de acordo com o art. 353, II, do RICMS/BA, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo, relativo à operação ou operações subsequentes, a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Assim, não houve equívoco na apuração dos dados e todas as operações apontadas estão sujeitas ao regime de substituição tributária.

Na infração 02, foi apurada a existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, sendo que o valor da omissão de entradas é maior do que o da omissão de saídas, e neste caso, conforme determina a Portaria 445/98, deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de saídas, anteriormente realizadas pelo contribuinte, sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem lançamento do imposto na escrita. Presunção prevista no art. 2º § 3º do RICMS/97.

Pertinente à infração 03, as notas fiscais, fls. 739 a 753, foram obtidas através de circularização junto aos fornecedores e não constam nos registros fiscais da empresa autuada. Antes da lavratura do presente auto foi entregue, ao autuado, a relação das referidas notas fiscais e concedido prazo de 10 dias para que a empresa se pronunciasse. No prazo previsto, o autuado apresentou comprovação de algumas operações canceladas, que foram totalmente acatadas. Em relação às notas fiscais autuadas, não houve qualquer comprovação de cancelamento das operações, prova disso é que em sua peça defensiva, não foi anexado nenhum documento capaz de elidir a autuação.

Na infração 04 foi apurado que o autuado deu entrada, em seu estabelecimento, de diversas mercadorias tributáveis, através de notas fiscais destinadas à própria empresa, sendo que foi utilizado um código de operações (CFOP) “1949”, ou seja, sem a tributação de ICMS. O impugnante não comprovou a origem dessas mercadorias e o pagamento do imposto devido.

O autuado alega, em sua defesa, que emitiu as notas fiscais para acertar os números do seu estoque. Entendem que esse procedimento somente poderia ser válido se a empresa efetuasse o recolhimento do imposto devido, referente às diferenças apuradas nos acertos de estoque, o que não foi comprovado. Ressaltam que as notas fiscais de entradas emitidas com o CFOP 1949 foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque da infração 02, evitando-se a duplicidade de cobrança do ICMS na apuração da omissão de entradas de mercadorias.

Opinam pela procedência do auto de infração.

À fl. 925 a empresa autuada, por seu advogado requer a juntada dos documentos de Procuração e dos Atos Societários (fls. 926 a 933).

VOTO

Não acolho o pedido de nulidade apresentado pelo defendente, haja vista que não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para decretar

a nulidade da autuação. Outrossim, constato que os princípios do contraditório e da ampla defesa, foram respeitados pela Administração Fiscal, haja vista que as partes tiveram acesso ao processo, sendo cientificados de todas as suas ocorrências, o que possibilitou a oportunidade de o contribuinte prestar esclarecimentos, oferecer documentos, acompanhar a prática de atos de instrução. Ademais, todos os demonstrativos que fazem parte integrante do auto de infração foram entregues ao contribuinte, conforme assinatura de recebimento neles constantes.

Ressalto que embora os dispositivos apontados como infringidos, tenham sido de forma genérica, da leitura da situação fática e dos documentos acostados ao processo vê-se que o fato gerador apontado nas infrações está claro, e o contribuinte pode exercer a ampla defesa. Em conformidade com o RPAF/99, art. 19: “A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.”

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos de ICMS por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, referente ao exercício de 2006.

Foi anexado ao auto de infração e também fornecido ao contribuinte um CD autenticado, contendo demonstrativo do cálculo do valor da antecipação tributária devida por produto, conforme recibo de fl. 22. Outrossim, os demonstrativos encontram-se às fls. 17 a 21 dos autos.

Conforme relatado, pelos autuantes, a empresa tem como atividade o comércio de peças e acessórios para uso em veículos automotores, consequentemente, de acordo com o art. 353, II do RICMS/97, é responsável pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeito passivo por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo, relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.

Verifico que a base de cálculo demonstrada na planilha de fl. 17, obedeceu ao disposto no art. 60, do RICMS/97, na qual foram somadas ao valor do produto, IPI, frete, aplicando-se a MVA de 35%, e deduzido o crédito fiscal. Deste resultado os autuantes abateram o ICMS recolhido e apuraram a diferença a recolher ora exigida.

A empresa autuada nega o cometimento da infração, mas não traz qualquer documento capaz de comprovar as diferenças dos recolhimentos que lhe estão sendo exigidos.

Infração mantida.

Na infração 02, no exercício de 2006, através de levantamento quantitativo de estoques apurou-se a omissão de saídas de mercadorias com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas de mercadorias, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

Os levantamentos foram anexados às fls. 24 a 112 com cópias de livros de Inventário às fls. 114 a 737.

Constato que o levantamento obedeceu aos ditames da Portaria 445/98, que orienta o procedimento a ser aplicado neste tipo de auditoria, e caso seja detectada a existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias deve ser exigido o ICMS correspondente às operações de maior expressão monetária.

O levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, é o procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, em um determinado período, tomando-se como pontos de partida os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

O sujeito passivo em sua peça defensiva argüi que os levantamentos são falhos mas não aponta nenhum equívoco neles, apresentando o argumento de que trata-se de uma presunção *juris tantum*, bastando à impugnante demonstrar que os levantamentos realizados pela fiscalização são ilíquidos, e não refletem a realidade das operações.

De fato, assiste razão ao contribuinte quando discorre que trata-se de presunção *juris tantum*, isto é, que admite prova em contrário. Contudo, não o fez, não trazendo em sua peça de defesa, e nem até este momento, qualquer elemento que invalide o lançamento nos moldes em que foi realizado.

A presunção está legalmente amparada no art. 2º, § 3º do RICMS/97, fundamentado no art. 4º, § 4º da Lei 7.014/96.

Infração mantida.

Na infração 03 foi detectado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias sem documentação fiscal.

Na defesa o contribuinte impugna o lançamento sob o argumento de que a fiscalização baseou-se em meras informações dos fornecedores, presumindo assim a ocorrência das operações, sem verificar se houve, de fato, o recebimento das mercadorias. Este argumento não pode ser acolhido, haja vista que os documentos fiscais foram emitidos para o contribuinte autuado, sendo suficientes para caracterizar a circulação das mercadorias, até prova em contrário, que deverá ser feita pelo destinatário, o que não ocorreu, posição essa adotada por este CONSEF, a exemplo dos Acórdãos JJF 005-03/07; 0029-03/07; 251-01/07; 320-03/07; 0093.03/06.

Os autuantes diligentemente, conforme declaração constante na informação fiscal, quando de posse das notas fiscais obtidas junto aos fornecedores, fls. 739 a 753, apresentaram-nas ao contribuinte, para que este se manifestasse. Naquela ocasião, relatam os auditores fiscais que o autuado apresentou comprovação de algumas notas fiscais canceladas, e que foram acatadas.

Constato que as cópias das notas fiscais objeto desta infração foram emitidas por fornecedores idôneos localizados no Estado de São Paulo, Continental Ltda, inscrita sob nº 244.989.116.115, a maior parte emitida por TRW Ltda, inscrição estadual nº 417.011.937.113, e Schaeffler Ltda, inscrição estadual nº 669.097.115.112, todas destinadas à empresa autuada, referentes à venda de mercadorias e a última a remessa em bonificação, de produtos compatíveis com a atividade do destinatário, qual sejam, autopeças.

O contribuinte simplesmente nega o seu recebimento, mas não comprova, em nenhum momento, a sua assertiva. Neste caso, aplico o disposto no art. 143 do RPAF/99: a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Infração mantida.

Por último, na infração 04, os auditores fiscais constataram que várias notas fiscais de entradas de mercadorias tributáveis foram emitidas, com CFOP 1949, sem que houvesse a comprovação da origem das referidas mercadorias, conseqüentemente, sem o recolhimento do imposto, conforme demonstrativo de fls. 755 a 792 e cópias dos documentos fiscais, fls. 793 a 841 do PAF. Também foram colacionadas cópias do livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 842 a 882.

Rejeito a alegação contida na peça defensiva, de que as notas fiscais teriam sido emitidas apenas para efetuar acertos no estoque, sem que tal procedimento trouxesse prejuízo ao erário, pois os créditos fiscais não teriam sido utilizados.

As hipóteses em que cabe a emissão de notas fiscais de entrada estão relacionadas nos arts. 229 e 230 do RICMS vigente, nenhuma delas amparando a pretensão do contribuinte, o que indica que as

mercadorias ingressaram no estabelecimento sem a comprovação de sua origem, consequentemente sem o pagamento do imposto devido.

Ressalto que estas notas fiscais foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque, infração 02, não havendo duplicidade de cobrança do ICMS.

Infração mantida.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **207101.0003/07-0**, lavrado contra **REAL MOTO PEÇAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 129.259,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 75.738,86, de 100% sobre R\$ 4.240,79 e de 70% sobre R\$ 49.279,51, previstas no art. 42, II, “d” e “a”, III, IV, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR