

A. I. N° - 206977.0403/07-5
AUTUADO - E M DA SILVA MAGALHÃES
AUTUANTE - MARCO ANTONIO COUTO FERREIRA
ORIGEM - INFAC JACOBINA
INTERNET - 03. 04. 2009

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0014-05/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS. **a)** MERCADORIAS ISENTAS E/OU NÃO TRIBUTÁVEIS. MULTA. Infração reconhecida. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Infração subsistente. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração procedente. **d)** MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração procedente. **e)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor da mercadoria em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto de responsabilidade do próprio sujeito passivo, devido por antecipação tributária e apurado em função do valor acrescido. Infração procedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Multa com base no levantamento quantitativo de estoque, que não pode prevalecer haja vista que cobrada em duplicitade com a infração 01. Infração improcedente. 3. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. MERCADORIAS SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Neste caso, o contribuinte deve estornar o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias quando as mercadorias forem objeto de operação subsequente com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Infração comprovada. 4. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provado que o contribuinte realizou aportes

financeiros de origem não comprovada para suprir despesas efetuadas. Infração parcialmente subsistente com a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007, referente à proporcionalidade entre as operações isentas, não tributadas e sujeitas à substituição tributária. **5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO.** **a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** **b) RECOLHIMENTO A MENOS.** É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Exigências fiscais subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 27/12/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$80.336,24, em razão das seguintes irregularidades:

1. Operação de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. (Multas no valor de R\$: 50,00).
2. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, com valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. (Valor histórico: R\$9.030,01; percentual de multa aplicada: 70%).
3. Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido 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, em exercício aberto. (Valor histórico: R\$3.773,90; percentual de multa aplicada: 70%).
4. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. (Valor histórico: R\$1.555,44; percentual de multa aplicada: 70%).
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação Tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem do valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão de registro em sua escritura de entrada de

mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado em levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. (Valor histórico: R\$832,54; percentual de multa aplicada: 60%).

6. Falta de registro de entradas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto. (Multa no Valor histórico: R\$3,30; percentual de multa aplicada: 1%).
7. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. (Valor histórico: R\$17.173,94; percentual de multa aplicada: 60%).
8. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. (Valor histórico: R\$44.358,78; percentual de multa aplicada: 70%).
9. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. (Valor histórico: R\$3.497,87; percentual de multa aplicada: 60%).
10. Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização. (Valor histórico: R\$60,46; percentual de multa aplicada: 60%).

O autuado, por meio de seu advogado, ingressa com defesa às fls. 92 a 102, com suporte nas seguintes alegações:

Primeiramente informa que acata as infrações 01, 06 e 10 e requer a expedição do DAE para pagamento.

Quanto aos itens 1, 2 e 3, das infrações 2 e 3, alega que as mesmas se confundem, vez que, partem de um mesmo diapasão, a falha no Registro de Entrada das mercadorias adquiridas, no período de 01/01/2007 a 25/09/2007, ou seja, após fiscalização de Estoque em aberto, foi detectado que parte das mercadorias internadas no estabelecimento, vendidas ou não, tiveram falhas na escrituração. Alega ainda que nos três itens do Auto, para um mesmo fato, detectou, como se possível fosse, duas infrações à obrigação principal e uma para a acessória, e, por excesso de zelo, optou o autuante por indicar as três infrações e suas respectivas penalidades. Concorda com a infração 01. Quanto a não escrituração da entrada de mercadorias, alega que o simples fato de estar na posse de bens, dentro de estabelecimento regular, ainda que desprovido de documento, não permite a presunção adotada pela fiscalização. Não havendo previsão legal para tal fundamentação requer seja julgada improcedente a pretensão.

Quanto à infração 03, relata que as compras efetuadas no exercício objeto da autuação, em que pese não terem sido escrituradas, tem origem para o numerário, isto é, a fonte da qual se extraiu o recurso necessário para as compras, foi resultado operacional do exercício anterior, fato, facilmente, comprovado em perícia fisco/contábil, de logo, requerida, cujo resultado demonstrará, não haver tributo a recolher neste caso.

Com relação às infrações 04 e 05, alega que a penalidade aplicada ao fato não corresponde à prevista na norma respectiva, razão pela qual deve ser desclassificada para aplicar-se, se for o caso, outra mais benéfica se, ao final do procedimento, vier a ser constatada conduta infracional, passível de sanção pela administração tributária.

Quanto à infração 07, alega que os responsáveis pela empresa verificaram que houve erro no levantamento realizado pelo preposto fiscal, o que macula a imputação, e que tal fato pode ser constatado mediante perícia, a qual fica desde já requerida, colocando à disposição toda a documentação relativa ao período fiscalizado.

Na infração 08, informa que o preposto fiscal incorreria em erro quando da determinação da base de cálculo, imposta para o recolhimento do tributo e aplicação da multa correspondente, alegando que o preposto deveria ter levado em consideração, por meio da proporcionalidade, as mercadorias que deram saída no estabelecimento comercial fiscalizado, as quais se encontram sujeitas às isenções, não-tributação, imunidades, e até mesmo antecipação, sobre as quais, consequentemente, não incidirá a cobrança do imposto.

Quanto a infração 09, alega que a mesma não merece resguardo vez que não causou prejuízo ao erário, já que todas as mercadorias listadas foram devolvidas à sua origem sem a ocorrência do fato gerador do ICMS, ou seja, a circulação. Portanto, não deve prosperar tal infração.

Além de tais impugnações específicas, no que se refere às infrações de nº 07, 08 e 09, aduz que o preposto fiscal relaciona notas fiscais relativas ao exercício de 2005. Ocorre que, o referido exercício já fora devidamente fiscalizado, quando apuradas as infrações existentes, lavrado auto de infração competente (nº 2997620099/06-3B) e pago o tributo pelo impugnante mediante o parcelamento fiscal de número 254037062, como pode ser verificado no sistema da Secretaria da Fazenda.

Dessa forma, requer a procedência parcial do Auto, uma vez devido o crédito indicado nas infrações acatadas e não devido nas demais.

Requer ainda a realização de Perícia Fisco/ Contábil.

O autuante presta Informação Fiscal (fl. 181 a 183) e sustenta a autuação, argumentando que o autuado apresenta defesa insubstancial, sem quaisquer provas ou fato novo que venha a alterar o seu entendimento sobre a autuação em lide, visto que:

1. As infrações 01, 06 e 10 são reconhecidas pelo autuado;
2. Quanto às infrações 02 e 03, contesta a informação da existência de fiscalização de estoque anterior à lavratura desse auto de infração e relata que o que ocorreu foi uma contagem de estoque das mercadorias da empresa no dia 25/09/2007, fato que subsidiou a auditoria de estoque que gerou o presente PAF. Ressalta que a empresa não demonstrou as notas fiscais de aquisição de mercadorias que alega não ter escriturado, sendo admitida uma falha no registro de entrada.
3. A empresa não concorda com a penalidade aplicada, nas infrações 04 e 05, no entanto, não foram contestados os valores cobrados. Os demonstrativos da infração foram gerados pelo sistema oficial de fiscalização SAFA.
4. A defesa contesta a infração 07, sob a alegação de duplo lançamento da nota fiscal nº 5386, no entanto tal alegação é descabida, pois tal nota fiscal não consta na Auditoria de Crédito Indevido do ICMS. Informa que houve lançamento de ICMS antecipação parcial (fl. 49), mas não foi cobrado qualquer valor sobre a nota fiscal nº 5386, logo sem qualquer prejuízo ao autuado.
5. Quanto à infração 08, o autuado solicita que seja feita a proporcionalidade do débito, em razão da proporção das mercadorias tributáveis no faturamento da empresa. Alega que tal fato não é contemplado pela legislação do ICMS, o qual prevê em seu art. 2º parágrafo 3º a presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a sua improcedência, sempre que a escrituração indicar suprimento a caixa de origem não comprovada.
6. Quanto à infração 07, a alegação é que foram devolvidas as mercadorias constantes nas notas fiscais, elencadas nos autos de infração e nos demonstrativos da antecipação parcial, entretanto não foi anexado qualquer prova da efetiva devolução dessas mercadorias.

Diante de tais argumentos, o autuante se manifesta pela manutenção integral do Auto de Infração.

A 4ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à inspetoria de origem, para que o autuante aplicasse a proporcionalidade entre as saídas tributadas, não tributadas, isentas, na infração 08, elaborando novos demonstrativos, inclusive o de débito.

Em entendimento ao solicitado, o autuante aplicou a proporcionalidade, fl. 187, e informou que baseou o cálculo nas informações contidas nos Demonstrativos Mensais de Apuração do ICMS – DMAs – dos meses de ocorrência do fato gerador, retificando assim a infração 08, cujo valor passou a ser de R\$22.716,52. Manteve as demais infrações em sua totalidade.

A empresa, científica da diligência realizada, inclusive com recebimento de cópias, não se manifestou.

VOTO

Inicialmente nego o pedido de perícia, formulado para as infrações 03 e 07, haja vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu convencimento, na qualidade de relatora do presente PAF. Ademais, a perícia tem por finalidade atender à questão proposta, a fim de esclarecer ou se evidenciar certos fatos, sendo portanto específica onde deve ser apreciada a matéria questionada, e a final oferecida a opinião, por pessoa que tenha capacitação, habilidade e experiência, face aos quesitos formulados. Não se aplica portanto, nestas infrações, que sequer foram ventilados assuntos específicos às acusações fiscais, nem delimitado o seu objeto. Sendo a perícia uma opinião, contribui para a formação do juízo de valor deste Conseg, não sendo necessária no presente caso.

No mérito, o contribuinte reconheceu o cometimento das infrações 01, 06 e 10, ficando mantidas pois não há controvérsias a serem apreciadas por esta Junta de Julgamento Fiscal.

Quanto à infração 02, decorreu da falta de recolhimento do ICMS pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada de documentação fiscal, na condição de responsável solidário, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto, ocorrência de 25/09/2007. A infração encontra-se tipificada no art. 9º, I, da Portaria 445/98. O demonstrativo de estoque encontra-se nas fls. 09 e 10 do PAF. Na peça de defesa o contribuinte insurge-se contra a infração, de forma genérica, pressupondo que não há base legal para a autuação. Este argumento não procede, pois tratando-se de levantamento quantitativo em exercício aberto, havendo omissão de entradas, se as mercadorias ainda estão fisicamente nos estoques, caso presente, o tratamento fiscal a ser dispensado é o correspondente a mercadorias no estabelecimento desacompanhadas de documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário pelo tributo devido, conforme previsto no art. 39, V do RICMS/97.

Como o contribuinte não comprovou a origem das mercadorias objeto da infração, mediante os documentos fiscais competentes, mantenho a infração na íntegra.

A infração 03 foi detectada em exercício aberto, decorrente de mercadorias não mais existentes no estoque da empresa. Foi 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 com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas.

A Portaria 445/98, que dispõe sobre os procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoque por espécie de mercadorias, traz no art. 13, II, a hipótese em comento, presunção legal prevista no art. 2º § 3º do RICMS/97.

A auditoria de estoques encontra-se na fl. 11, e o contribuinte não trouxe elementos na defesa capazes de desconstituir a infração, ficando, portanto, mantida.

A infração 04 refere-se a mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária que estão no estoque da empresa

Nesta ocorrência, o ICMS está sendo exigido na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, logo sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária. O demonstrativo está na fl. 12, amparado na Portaria 445/98, art. 10, I, “a”.

A defesa não trouxe comprovação de que as mercadorias, objeto da infração, estão devidamente acompanhadas de documentação fiscal, ficando portanto mantida a acusação.

Infração procedente.

Na infração 05, que se relaciona com a anterior, está sendo exigido o imposto por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, consoante demonstrativo de fl. 13.

Fica também mantida, pois amparada no art. 10, I, “b” da Portaria 445/98, e não há elementos na peça de defesa que comprovem o não cometimento da infração.

A infração 07, a acusação prende-se ao fato de o contribuinte ter utilizado o crédito fiscal do ICMS nas aquisições de leite em pó e de óleo de soja, sem observar a redução de base de cálculo nas operações subsequentes. Assim, não efetuou o estorno de crédito fiscal, em decorrência das saídas subsequentes terem ocorrido com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.

O contribuinte, na impugnação, pede a realização de perícia, sob o argumento de que há equívocos no levantamento da infração, exemplificando que a nota fiscal nº 5386 foi repetida duas vezes, mas, de imediato o autuante refutou tal argumento, esclarecendo que esta nota fiscal não faz parte desta infração, mas teria sido lançada em duplicidade no levantamento de ICMS Antecipação Parcial (fl. 49), mas não foi cobrado qualquer valor sobre a nota fiscal, logo não houve prejuízo para o contribuinte.

Reza o art. 100, II, do RICMS/97, que o contribuinte estornará o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias quando as mercadorias forem objeto de operação subsequente com redução de base de cálculo, hipótese em que o valor do estorno será proporcional à redução. Como o contribuinte não agiu em consonância com a legislação, fica mantida a infração em sua totalidade, demonstrativo de fls. 45/46 do PAF.

A infração 08 aponta que o autuado lançou a débito na Conta Caixa, valores sem comprovação de origem com o seguinte histórico: Regularização do Caixa. Assim, constatou o autuante a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de suprimento de caixa de origem não comprovada, presunção legal amparada no art. 2º, § 3º do RICMS/97.

Tendo em vista que o auditor fiscal ao efetuar o lançamento não observou os ditames contidos na Instrução Normativa nº 56/2007, que nas hipóteses previstas no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o preposto fiscal poderá considerar que parte desses valores se refere a operações isentas, não tributadas e/ou sujeitas à substituição tributária, excluindo-as do cálculo do ICMS devido, caso existam circunstâncias, elementos ou informações que permitam esta conclusão, o presente PAF foi diligenciado ao autuante, para que efetuasse os devidos reajustes no lançamento fiscal.

Em entendimento ao solicitado, o autuante aplicou a proporcionalidade, fl. 187, e informou que baseou o cálculo nas informações contidas nos Demonstrativos Mensais de Apuração do ICMS – DMAs – dos meses de ocorrência do fato gerador, retificando assim a infração 08, cujo valor passou a ser de R\$22.716,52. Manteve as demais infrações em sua totalidade.

A empresa, cientificada da diligencia realizada, inclusive com recebimento de cópias, não se manifestou. Desta forma, a infração fica parcialmente procedente, no valor de R\$ 22.716,52, conforme demonstrativo de débito constante na fl. 189 do PAF.

Na infração 09, está sendo exigido ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, hipótese prevista no art. 352-A do RICMS/97.

São objeto da infração, as notas fiscais nºs 915081, 117868, 981680, 4799, de 2005, e notas fiscais nº 94670, 94671 e 94672 de 2006.

O contribuinte alega que toda a mercadoria fora devolvida antes de sua efetiva circulação, ou seja antes da ocorrência do fato gerador, logo, não se pode cobrar a antecipação do imposto. Entretanto, verifico que a defesa não trouxe qualquer comprovação da devolução dessas mercadorias, ficando assim, mantida a infração.

Do exposto voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206977.0403/07-5**, lavrado contra **E M DA SILVA MAGALHÃES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 58.640,68**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 37.075,87 e de 60% sobre R\$ 21.564,81, previstas no art. 42, III, II, “d”, VII, “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais., além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no total de **R\$ 53,30**, previstas no art. 42, XXII, XI, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos, moratórios, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2009

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR