

A. I. N° - 000553.0016/07-0  
AUTUADO - SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.  
AUTUANTE - RENATO RODRIGUES DA CRUZ NETO  
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA  
INTERNET - 03.09.2009

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0271/02-09**

**EMENTA: ICMS.** 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Tendo sido constatado no mesmo exercício, diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária, no caso, sobre as saídas omitidas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Comprovado erro na apuração do débito, resultando na sua diminuição. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. VENDAS DE MERCADORIAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS NO CADASTRO FAZENDÁRIO. Restou comprovado que as elevadas quantidades de mercadorias constantes dos documentos fiscais caracterizam intuito comercial. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 26/12/2007, e reclama o valor de R\$18.403,63, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 17.381,93, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, e sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado (2006), levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas, conforme demonstrativos às fls.11 a 30.
2. Falta de retenção do ICMS no valor de R\$ 1.021,70, e o consequente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de outubro e novembro de 2006, conforme demonstrativos e documentos às fls.06 a 10.

O sujeito passivo por seu representante legal, em sua defesa às fls.35 a 39, arguiu como preliminar de nulidade que não foram observados na lavratura do Auto de Infração, requisitos básicos previstos na legislação, deixando a entender que os fatos narrados não correspondem com a realidade fática.

No mérito, impugnou a infração 01 alegando que não foram consideradas no levantamento quantitativo de estoque, as movimentações de entradas e de saídas de mercadorias realizadas através de transferências internas entre os estabelecimentos da mesma empresa ou do grupo.

Aduz que a SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA é originária da MOVELE COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA, as quais, segundo o autuado, sempre tiveram os mesmos sócios e responsáveis, cujo estoque inicial do estabelecimento autuado é originário da MOVELE. (fls.60 a 72)

Para comprovar sua alegação, juntou cópias das seguintes notas fiscais de entradas e de saídas do exercício de 2006: NF 0016; 0018 e 0019 (docs.fl.46 a 48).

Com relação à infração 02, o defensor alega que existe equívoco na conclusão fiscal, pois não trabalha com nenhuma mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária.

Por fim, requer a nulidade, ou caso contrário, a realização de diligência revisora do lançamento para proceder as alterações dos equívocos apontados na auditoria de estoques.

Na informação fiscal à fl. 74, o autuante manteve a infração 01, por considerar que o autuado não apresentou demonstrativo para que fossem verificados os valores apurados, conforme preceitua o art.123, do RPAF/99.

Quanto a infração 02, pede que o sujeito passivo observe as disposições contidas nos artigo 36 e 353, inciso I, do RICMS/97, os quais foram transcritos.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

Considerando as alegações defensivas acompanhadas de provas, na Pauta Suplementar do dia 31/07/2008, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para que o autuante prestasse nova informação fiscal obedecendo o disposto no § 6º do art.127 do RPAF/99, ou seja: após confirmar a regularidade na emissão das Notas Fiscais citadas na defesa, refizesse a auditoria de estoques incluindo-as, respectivamente, nos levantamentos das entradas e das saídas, informando o real valor do débito da infração 01, se fosse o caso.

Em relação à infração 02, foi solicitado ao autuante esclarecimentos sobre o real motivo da acusação fiscal.

Foi determinado pelo órgão julgador que após o cumprimento da diligência deveria a repartição fazendária de origem, expedir intimação ao contribuinte autuado, reabrindo o prazo de defesa por (30) trinta dias para o exercício da ampla defesa e do contraditório, mediante a entrega, sob recibo, de cópias dos seguintes documentos: a) Informação Fiscal à fl. 74; Informação Fiscal e documentos apresentados pelo autuante por força da diligência (fls. 80 a 82); o pedido de diligência às fls. 78 a 79.

O autuante cumpriu a diligência anexando ao processo novos levantamentos e demonstrativos da auditoria de estoques, resultando a infração nos valores constantes no demonstrativo das omissões às fls.81 e 82. Quanto a infração 02, manteve os seu argumento anterior com base no art.36 do RICMS/97. Foram entregues cópias, inclusive da informação fiscal, ao Contador da empresa, conforme recibo à fl.80, e reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias através da intimação e respectivo AR dos Correios (docs.fl. 83 a 84).

Embora conste na informação fiscal à fl.80 que o sujeito passivo recebeu cópia desta e dos novos elementos a ela anexados (fls.80 a 82), porém, considerando não foi entregue a primeira informação fiscal ao autuado, conforme determinado à fl.78, o processo foi submetido a Pauta Suplementar do dia 31/03/2009 e decidido pelo encaminhamento do mesmo à Infaz de origem para que, mediante intimação, fossem entregues ao sujeito passivo cópias da informação fiscal à fl.72 e cópia do despacho de diligência à fl.83, concedendo o prazo de 10 (dez) dias para sua manifestação.

Conforme intimação e AR dos Correios (fls. 90/91), o autuado foi intimado a tomar conhecimento dos documentos de fls. 74 e 88, no entanto, não se manifestou no prazo de 10 (dez) dias que lhe foi concedido.

**VOTO**

Inicialmente, fica rejeitado o pedido de nulidade da ação fiscal argüido pelo defensor, haja vista que o PAF está revestido das formalidades legais, estão determinados o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, estando todos os itens da autuação acompanhados de levantamentos e demonstrativos que foram entregues ao sujeito passivo, e permitiram a ampla defesa e o contraditório, inclusive foram expedidas as intimações às fls. 83 e 90, dando ciência das informações fiscais e dos novos elementos a elas anexados, não estando, portanto, presentes os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA.

Igualmente, com fulcro no art. 147, inciso I, do RICMS/97, indefiro o pedido do autuado para realização de diligência, pois o processo contém todos os elementos para minha convicção sobre a lide, inclusive as alterações dos equívocos apontados na defesa foram acatados pelo autuante, tendo procedido as devidas modificações e o autuado foi cientificado das mesmas sem qualquer manifestação.

No mérito, com relação à infração 01, o débito foi apurado com base na auditoria de estoques documentada através dos papéis de trabalho (demonstrativo de estoque; inventários de mercadorias; levantamentos das entradas e das saídas; cálculo do preço unitário médio), às fls. 11 a 30.

Observo que o autuante reconheceu que não haviam sido consideradas no levantamento quantitativo de estoque, as movimentações de entradas e de saídas de mercadorias realizadas através de transferências internas entre os estabelecimentos da mesma empresa ou do grupo, tendo refeito os levantamentos e demonstrativos iniciais, resultando na apuração de omissão de entradas no valor de R\$ 1.252,04 e na omissão de saídas no valor de R\$ 4.096,98, conforme demonstrativo das omissões às fls. 81 e 82, situação que nos termos da Portaria 445/98, deve ser exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, no caso, sobre a omissão das saídas, resultando na diminuição do débito deste item para o valor de R\$ 4.096,98 x 17% = R\$ 696,49.

Considerando que o sujeito passivo foi cientificado do resultado da revisão fiscal procedida pelo autuante, conforme intimação e AR dos Correios e não se manifestou, considero encerrada a lide, subsistindo em parte o auto de infração no valor acima demonstrado.

Quanto a infração 02, a exigência fiscal diz respeito a falta de retenção do ICMS no valor de R\$ 1.021,70, e o conseqüente recolhimento, na condição de contribuinte substituto, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas de mercadorias realizadas para contribuintes localizados neste Estado.

Apesar de a infração está assim descrita, por ocasião das ciências de informações fiscais o autuado tomou conhecimento de que a exigência fiscal não se trata de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, conforme entendeu, mas de operações realizadas por estabelecimento comercial varejista, para contribuintes não inscritos, conforme demonstrativos e documentos às fls. 06 a 10, todos entregues ao autuado.

Portanto, de acordo com as fotocópias das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 07, 08, e 10), as vendas foram realizadas a pessoas não inscritas no Cadastro de Contribuintes do ICMS, o que está

comprovado pela inexistência do número da inscrição estadual, e no CNPJ nos citados documentos fiscais.

A legislação estabelece que é obrigação do contribuinte, inscrever-se no Cadastro de Contribuintes, antes de iniciar suas atividades (art. 150 do RICMS/97), sendo considerado clandestino qualquer estabelecimento comercial, industrial, produtor ou extrator que não estiver devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, ficando aqueles que assim se encontrarem sujeitos às penalidades previstas na legislação (art. 191 do RICMS-BA).

O artigo 142, inciso I, do citado Regulamento do ICMS, estabelece que, além das obrigações previstas na legislação, relativas à inscrição, emissão de documentos fiscais e escrituração, é obrigação do contribuinte exigir do outro contribuinte nas operações que com ele realizar a exibição de Cartão de Inscrição ou do Documento de Informação Cadastral, sob pena de responder solidariamente pelo imposto devido, se do descumprimento desta obrigação decorrer do não recolhimento do imposto.

Já o artigo 353, I do RICMS/97, dispõe: “o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto, 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 á operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado.”

Para caracterizar a condição de contribuinte do ICMS deve-se examinar se os adquirentes dos produtos vendidos pelo autuado se enquadram na condição de contribuinte desse imposto, conforme previsto no artigo 36 do RICMS/BA:

*“Art. 36. Contribuinte do ICMS é qualquer pessoa física ou jurídica que realize, com habitualidade ou em volume que caracterize intuito comercial, operações de circulação de mercadoria ou prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior.” (grifo nosso).*

Logo, a legislação do ICMS estabelece que a condição de contribuinte, também será determinada em função do volume das operações de circulação de mercadoria que caracterize intuito comercial.

No caso em tela, o autuante agiu corretamente, uma vez que os volumes comercializados nas notas fiscais objeto da autuação caracterizam o intuito comercial, e encontra amparado no art. 353, I, do RICMS/97.

Neste sentido, tem sido as decisões deste CONSEF, como exemplo, transcrevo a Ementa abaixo:

“*1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL*

*ACÓRDÃO CJF Nº 1081/01*

*EMENTA: ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES NÃO INSCRITOS. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Documentos comprovam que o volume das mercadorias negociadas revela a intenção de revenda. Acertada a Decisão Recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.”*

Concluo pela subsistência deste item da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data Ocor.	Data Vencto.	B.de Cálculo	Aliq. (%)	Multa (%)	Vl.do Débito	INF.
31/12/2006	09/01/2007	4.096,98	17,00	70	696,49	1
31/10/2006	09/11/2006	4.980,00	17,00	70	846,60	2
30/11/2006	09/12/2006	1.030,00	17,00	70	175,10	2
TOTAL					1.718,19	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **000553.0016/07-0** lavrado contra **SELEÇÃO DE MARCAS COMÉRCIO DE MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.718,19**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.021,70 e 70% sobre R\$696,49, previstas no artigo 42, II, “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2009.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR