

A. I. Nº - 206910.0003/09-3
AUTUADO - ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A
AUTUANTE - ANTONIO RAMOS DAMASCENO
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET 29.06.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0136-05/10

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração elidida em face da constatação de inserção indevida de notas fiscais com CFOP 5.922. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. MERCADORIAS PARA USO E CONSUMO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento da diferença de alíquota nas aquisições interestaduais de bens destinados ao ativo fixo e para materiais para consumo próprio pelo estabelecimento. Infração caracterizada. Comprovada a aquisição de mercadorias para uso e consumo sem o respectivo pagamento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interestadual e interna. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE. EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 21/12/2009, apura seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (2005), lançando-se imposto no valor de R\$5.048,68, com multa de 70%;
2. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$2.048,24, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento. Multa de 60%.

O autuado, em Defesa (fls. 360 a 371, inicialmente argui a nulidade do Auto de Infração dizendo que o levantamento quantitativo não guarda conformidade com os elementos da escrita fiscal, e resulta em presunção legal arbitrária. Transcreve o art. 142 do CTN para dizer que não como falar em lançamento de ICMS, quando a situação fática consiste em alegada omissão de saída e entrada de mercadoria sem identificação das operações promovidas, base de cálculo, alíquota aplicável e período fiscal em que teria ocorrido tal omissão.

Aduz que é cediço que alegada omissão de entrada não se configura em hipótese de incidência do ICMS, cuja previsão normativa contempla as operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços de transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação, cuja apuração, para efeito de cumprimento da obrigação tributária, com

porque requer a nulidade do lançamento por não contemplar situação que reflete matéria tributável.

Tratando dos fatos, comenta ser empresa estabelecida com atividade comercial equiparada a industrial e recebe em transferência cimento para comercialização, cujas notas fiscais encontram-se escrituradas em seus livros fiscais. O cimento é comercializado acobertado de notas fiscais com destaque do ICMS, quando devido. Diz que inobstante a regularidade de sua escrita fiscal, o autuante presumiu a suposta omissão de entrada da mercadoria em 2005; e, ainda, ausência de recolhimento de ICMS decorrente da diferença de alíquotas, em decorrência de aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento.

Alega que o valor da infração 01 decorre dos equívocos que passa a descrever:

- a) Levantamento de notas fiscais com cimento em sacos de 25Kg: O autuante considerou como venda, os lançamentos efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura (CFOP 5.922), que somam 130 sacos de cimento, conforme as notas fiscais 046.440, 046.468 e 059.360, com o que demonstra a improcedência da alegada omissão de entradas no tocante às operações com sacos de cimento de 25Kg;
- b) Levantamento de notas fiscais com cimento em sacos de 50Kg: O autuante considerou como venda, os lançamentos efetuados a título de simples faturamento decorrente de venda para entrega futura (CFOP 5.922), que somam 2.810 sacos de cimento, conforme as notas fiscais 046.412, 046.439, 046.359 e 059.359, com o que demonstra a improcedência da alegada omissão de entradas no tocante às operações com sacos de cimento de 50Kg.

Salienta que as anormalidades que aponta indicam a improcedência da ação fiscal, contudo, impõe-se, como condição inerente à verificação da regularidade do lançamento e a garantida do pleno exercício do direito de defesa, seja determinada a realização de diligência para confirmação dos fatos.

Quanto às multas sugeridas, não concorda com a aplicação, pois que afirma que tal penalidade só pode alcançar o acréscimo patrimonial – lucro ou renda – que se obteria do negócio jurídico envolvido, sob pena de afetar o direito de propriedade consagrado no art. 5º, XXII da CF, ao tempo que subsidia seu entendimento com doutrinas e ementas de acórdãos de Tribunais de Justiça, que transcreve.

Concluindo, diz restar comprovada a regularidade da escrita fiscal, sendo inadequada a presunção de omissão de saída de mercadoria e infundada a acusação de uso indevido de crédito do ICMS relativo à aquisição de mercadorias para uso e consumo, bem como de ter praticado operações sem o destaque do imposto, quando tais operações são isentas de tributação. Reforça o pedido de diligência, requer seja declarada a nulidade da ação fiscal em face da ausência de identificação dos elementos inerentes à validade do lançamento e, caso a preliminar não prospere, seja a ação fiscal julgada improcedente.

Na Informação Fiscal de fls. 416 a 419, o autuante afirma que os argumentos defensivos encontram ressonância no tocante ao levantamento quantitativo de estoque, tendo em vista as informações desencontradas dos arquivos magnéticos do contribuinte, mas que o autuado comprovou a existência de notas fiscais de simples remessa descaracterizando as vendas, e, por conseguinte, ilide a acusação fiscal do imposto exigido na infração 01.

Quanto à infração 02 (Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual – DIFAL), deve ser mantida, pois é prevista no art. 5º, inciso I, do RICMS-BA, e sequer foi objeto de impugnação por parte do autuado.

Às fls. 439 a 442 constam extrato SIGAT e cópia de DAE comprido na infração 02.

VOTO

Este Auto de Infração cuida das seguintes infrações: 1. Falta de recolhimento do imposto [ICMS], na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado; 2. Falta de recolhimento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do próprio estabelecimento.

O autuado, inicialmente argüiu a nulidade do Auto de Infração em face da ausência de identificação dos elementos inerentes à validade do lançamento ao tempo que pediu diligência fiscal para comprovação do quanto alega em relação à infração 01.

De plano, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, pois vejo que o Auto de Infração contém os requisitos expostos no artigo 39, do RPAF/99, a descrição dos fatos foi efetuada de forma compreensível, estando as infrações fundamentadas nos demonstrativos e documentos fiscais que a embasam, determinando-se, com segurança, a infração e o infrator.

Foram indicados os dispositivos infringidos e da multa sugerida relativamente às irregularidades apontadas sendo assegurados todos os direitos processuais ao contribuinte tendo ele iniciado o contraditório exercendo o seu direito de ampla defesa, apresentando impugnação sem qualquer reserva demonstrando conhecer os fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração, estabelecendo-se a lide fiscal-tributária dentro do devido processo legal.

Também, com base no art. 147, inciso I, “a” do RPAF, indefiro o pedido de diligência formulado pelo autuado, pois os elementos contidos nos autos são suficientes para a formação de minha convicção.

Compulsando os autos, inicialmente constato que o contribuinte, de fato, não impugna a infração 02 que trata da falta de pagamento de ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas interna e interestadual nas aquisições de mercadorias destinadas ao uso e consumo do próprio estabelecimento. Ao contrário, a reconhece como devida fazendo seu pagamento conforme os comprovantes de fls.439 a 442, sendo, portanto, subsistente a acusação e caracterizada esta infração.

Quanto à infração 01 que se refere a falta de recolhimento de ICMS, na condição de responsável solidário, apurado por levantamento quantitativo de estoque, o contribuinte se defendeu alegando que as omissões constatadas decorrem de equívocos do levantamento que considerou como saídas mercadoria (cimento) descrita em diversas notas fiscais de simples faturamento para entrega futura com o CFOP 5.922. Tal argumento foi acolhido pelo autuante na ocasião da informação fiscal onde expressamente admite a inexistência das diferenças inicialmente apontadas em face das alegações defensivas.

Analizando os autos, de fato constato que as notas fiscais 46440, 46468 e 59360 (fls. 393, 395 e 397) possuem o CFOP 5.922 e somam 130 sacos de cimento de 130Kg e as notas fiscais 46412, 46439, 46509 e 59359 (fls. 399, 401, 403 e 405) possuem o CFOP 5.922 e somam 2.810 sacos de cimento de 50 Kg, que são as diferenças inicialmente apuradas no levantamento quantitativo, conforme demonstrativo de fl. 16.

Considerando que essas notas foram indevidamente computadas no levantamento quantitativo e que as mesmas devem dele ser excluídas para refletir o real movimento

exercício fiscalizado, constato que, de fato, zeram-se as diferenças da acusação fiscal, o que implica na insubsistência da mesma.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em face de restar devida a infração 02, devendo ser homologado o valor já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por decisão unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206910.0003/09-3, lavrado contra **ITAGUASSU AGRO INDUSTRIAL S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$2.048,24**, acrescido da multa de 60% prevista no art. 42, inciso II, alíneas “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo se homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de junho de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA