

A. I. N° - 207184.0014/09-0
AUTUADO - CREMER S. A.
AUTUANTE - MARGARIDA MARIA MATOS DE ARAÚJO
ORIGEM - IFEPE COMÉRCIO
INTERNET - 24/08/2011

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0185-03/11

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE USO OU CONSUMO. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis não escrituradas, e 1% sobre o valor comercial daquelas que não estão sujeitas a tributação. Excluídos os valores relativos às notas fiscais comprovas, ficando reduzido o valor originalmente exigido. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) MERCADORIA SUJEITA À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Foi refeito o levantamento fiscal, mediante revisão fiscal, reduzindo-se o débito apurado. Indeferido o pedido de perícia fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2009, refere-se à exigência de R\$1.273.205,23 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$50.320,56, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses maio, junho, agosto, outubro e dezembro de 2005; abril, julho, outubro e dezembro de 2006; abril, junho, novembro e dezembro de 2007; fevereiro, março, abril, junho, julho, setembro e outubro de 2008. Valor do débito: R\$11.862,27. Multa de 60%.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$605,36.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$49.715,20.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios de 2005 a 2008. Valor do débito: R\$1.240.895,74. Multa de 70%.

Infração 05: Falta de retenção e o consequente 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, consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios de 2005 a 2008. Valor do débito: R\$20.447,22. Multa de 60%.

O autuado apresentou impugnação (fls. 274 a 291). Preliminarmente comenta sobre a parte final do Auto de Infração onde é citada a Lei nº 8.137/90, que trata dos Crimes contra a ordem tributária. Salienta que após o término do procedimento administrativo é que poderá ser efetuada, se for o caso, a representação fiscal ao MP. Esta regra vem sendo adotada pelos Tribunais, com base em posicionamento do STF. Diz que se deve aguardar o transcorrer de todo o procedimento administrativo, para, caso sejam considerados improcedentes os argumentos levantados pela requerente, possam ser tomadas as atitudes que se julgarem cabíveis. No mérito, alega que em relação à primeira infração, pelas planilhas juntadas pela fiscalização, para apuração dos recolhimentos a menos, foram utilizadas notas fiscais em relação às quais não teria sido providenciado o recolhimento da diferença de alíquota. Contudo, os produtos sobre os quais estão sendo exigidos os mencionados valores, não há incidência da referida diferença de alíquota, motivo pelo qual a exigência é indevida. Para demonstrar a inexigibilidade de valores, informa que juntou aos autos cópias das notas fiscais relacionadas, comprovando os materiais sobre os quais está sendo exigida diferença de alíquota. Como exemplo, cita as notas fiscais emitidas pela empresa Moore Brasil Ltda., fornecedora de formulários contínuos do defendant. Alega que em relação a tais materiais não há incidência do imposto, conforme consta nas próprias NFs (Portaria 052/80, 116/89), bem como em atendimento ao Convênio ICM 11/82, e que fazem eco à respectiva legislação, os artigos 6º, XIV, letra 'd', e art. 7º, III, 'b', ambos do RICMS/BA. Da mesma forma ocorreu com as transferências de imobilizados entre os estabelecimentos matriz e filial da Cremer. Assegura que na legislação de Santa Catarina (localização da matriz), e também da Bahia (onde se encontra a filial), há previsão de não incidência de ICMS quando das saídas de bem integrante do ativo permanente/imobilizado da empresa, desde que ocorrida após um ano de sua incorporação (conforme art. 6º, VIII do RICMS da Bahia, e art. 35, II, A, do RICMS/SC). Assegura que as transferências realizadas foram todas de bens com mais de 1 ano, conforme cópias das respectivas notas de aquisição pela matriz, em Blumenau. Portanto, argumenta que não havendo tributação da mercadoria quando da emissão da Nota Fiscal, não cabe a exigência do diferencial de alíquota, na entrada.

Infrações 02 e 03: Alega que alguns erros podem ser apontados no levantamento fiscal. O primeiro deles, pertinente ao ano de 2005, está no fato de a autoridade fiscal ter relacionado notas fiscais de saídas, emitidas pelo defendant como não registradas em seu livro de Entradas. Assegura que as referidas notas fiscais constam no livro de Saídas, é o caso das NFs 46737, 46764, 47676, 49226 e 52066, conforme cópia do livro de Saídas e espelhos de NFs que acostou aos autos. Ainda no ano de 2005, alega que constatou várias notas fiscais relacionadas, de transferência entre a matriz em Blumenau e a unidade notificada, emitidas em dezembro de 2005, que somente foram escrituradas pela empresa quando do seu recebimento em Salvador, ou seja, em janeiro de 2006, conforme cópia do livro fiscal de entradas de janeiro/2006. Em relação ao ano de 2006, afirma que também constatou ter sido relacionada nota fiscal de saída como sendo de entrada (é o caso da NF nº 63026). Também em relação a este período diz que constatou a indicação de notas fiscais emitidas no final de dezembro de 2006, sem o devido registro. Tratam de notas fiscais de transferência emitidas pela matriz para a filial de Salvador, que somente ingressaram na filial em janeiro de 2007, ocasião em que foram devidamente escrituradas, conforme cópia do livro Registro de Entradas de 2007 e NFs. 324330, 655375, 655376, 323558, 654660, 654661 e 323946. Quanto ao exercício de 2007, alega que três das notas fiscais relacionadas são de saídas (NFs nºs 85726, 89281 e 89812). Por isso, é insubstancial a exigência fiscal. Também alega que várias notas fiscais de 2007 relacionadas deram entrada no estabelecimento em janeiro de 2008, e por tal motivo, somente foram registradas no ano seguinte (01/2008). São elas: 749759, 402820, 403030, 750120 e

750128. Além disso, argumenta que as notas fiscais emitidas pela empresa Itautec S/A (CNPJ nº 54.526.082/0067-68), por tratarem de meras notas fiscais de prestação de serviço (CFOP 5933 – Prestação de Serviço tributado pelo ISSQN/ISS), não foram registradas por não serem sujeitas ao ICMS. Portanto, sua escrituração não está prevista em regulamento, conforme aponta o art. 322 do RICMS/BA, que transcreveu. Salienta que a legislação pertinente prevê que apenas notas de serviço de transporte e de comunicação devem ser escrituradas no livro fiscal. Como as notas fiscais emitidas pela Itautec são de serviço, mas não sujeitas ao ICMS, não tratam de transporte nem de comunicação devem ser excluídas da exigência fiscal. Informa que a mesma situação se repete no ano de 2008. Notas fiscais cuja emissão ocorreu em dezembro de 2008, somente foram escrituradas em janeiro de 2009, conforme livro de Entradas e NFs números 1635, 2812, 4743, 4744, 4745, 4746, 3965, 285770, 492395, 508740, 6941, 279196 e 699853. Também notas de serviço, sujeitas apenas ao ISS/ISSQN, dispensadas de registro, foram indevidamente relacionadas. Assim, o defensor conclui que os valores exigidos nesse aspecto são de todo indevidos.

Infração 04: Alega que não procedem as diferenças apontadas na autuação fiscal, pelo simples fato de que o levantamento realizado confundiu unidades de medida, de forma que os resultados apurados pela fiscalização estão totalmente disformes da realidade. Diz que os levantamentos realizados pela autoridade fiscal foram feitos em relação a itens de produtos comercializados pela Cremer. O grande problema ocorreu em virtude das diversas unidades de medida que podem existir em relação a um mesmo produto. Em alguns casos, como por exemplo, o item 206999 (hastes flexíveis), o produto pode ser comercializado tanto em caixa (com 48 pacotes), ou em pacotes individuais. Afirma que, pelas planilhas juntadas elaboradas pelo autuante, no caso das entradas deste produto, a fiscalização considerou como unidade de medida apenas caixas. Já na apuração das saídas, algumas vezes o cálculo foi realizado em caixas, outras em pacotes. Como o item foi comercializado com 2.073 notas fiscais de saída, fica inviável apresentar, na defesa, os documentos necessários em relação a todas as notas fiscais pertinentes a este item. Apresenta exemplos para comprovar a distorção no levantamento fiscal: Em relação ao ano de 2005, na NF de saída nº 52074, página 727 do anexo 10 do AI, constata que o levantamento foi feito em pacotes, o que está correto. Já na NF de saída nº 52722 (página 727 do Anexo 10), foram consideradas como vendidas, no mesmo código, 24 caixas. Diz que o correto seria considerar não as 24 caixas, mas sim, 1152 pacotes (considerando que cada caixa possui 48 pacotes). Alega que a distorção fica mais evidente se considerado o custo unitário de cada produto. Quando comercializado em pacotes, o custo é de R\$ 0,79 por pacote. Quando em caixas, R\$ 36,42, ou seja, o levantamento do autuante em relação ao mesmo produto foi realizado, ora em caixas, ora em pacotes. Pergunta: Como apurar saldos e médias de valores, com a adoção de diferentes medidas? Afirma que resultado não pode ser considerado confiável. Diz que outro item em que se constata divergências gritantes é o item do código 198461 (atadura), tanto nos anos de 2005 quanto em 2006. Afirma que tal produto é comercializado tanto em caixas, pacotes e unidades. Cada caixa possui 24 pacotes, e cada pacote possui 6 unidades. Entende que o correto seria considerar o levantamento por unidades. Diz que apesar de no levantamento constar que este foi feito em unidades, pelo preço unitário se percebe a distorção. O produto tem seu preço unitário em centavos, ora R\$ 3,50, ora R\$ 4,70, aproximadamente. Ou seja, a unidade de medida utilizada não foi a mesma em todos os casos. Informa que também constatou divergências em relação à mercadoria com o código 199031 (campo estéril). Para demonstrar a divergência no levantamento, por tratar de item com menor número de notas fiscais emitidas, no ano de 2008, o defensor informa que juntou aos autos cópia de todas as notas fiscais de saída relativas a este item, e que, se comparados os lançamentos feitos pela fiscalização no anexo 10, com as cópias das notas fiscais emitidas, percebem-se as distorções. O primeiro exemplo está na NF 104464, onde foram vendidas 2 caixas do produto. A fiscalização contabilizou 8.000 unidades neste caso. Na Nota Fiscal nº 105.203, consta a venda de 10 caixas do produto. A fiscalização contabilizou 40.000 unidades. Na NF nº 105704 foram vendidos 2540 pacotes, sendo contabilizadas 2.540 unidades. Entende que o correto para apurar eventuais divergências, seria considerar todos os itens pela menor unidade de medida cabível, realizando as devidas conversões quando a venda

fosse feita em pacotes ou caixas. Mas não foi desta forma que procedeu a fiscalização no presente caso. Assegura que os exemplos citados não são únicos. Vários são os itens em que o levantamento foi feito misturando as unidades, caixas e pacotes. Como mencionado anteriormente, apenas em relação a um único item (código 206999), foram emitidas, apenas em 2005, 2073 notas fiscais, sendo inviável o levantamento e a demonstração de todas estas diferenças na impugnação apresentada. Para facilitar, o defendante relaciona à fl. 281 os itens em que se apuram divergências. Pede a realização de prova pericial, para, com base em todos os documentos fiscais recebidos e emitidos pela empresa, possam ser checadas as eventuais diferenças. Salienta que, se não for realizada a prova pericial, a empresa teria que juntar toda a documentação fiscal do estabelecimento da Bahia, relativa aos 4 anos auditados, e isto representaria 75.000 cópias somente em notas fiscais de saída. O defendante informa que além das divergências nas apurações, constatou, ainda, que várias operações realizadas foram consideradas em duplicidade. É o caso das notas fiscais de transferências entre unidades emitidas ao final do mês de dezembro de cada ano, que pelo sistema já eram computadas automaticamente no estoque da empresa destinatária, no mesmo ato. Tal procedimento se justifica por questões de auditoria. Como nas transferências entre unidades, a titularidade das mercadorias continua sendo da Cremer, as mercadorias em trânsito obrigatoriamente têm que constar como estoque de uma das unidades (ou da remetente, ou do destinatário). No caso, tais mercadorias constaram como estoque da filial. Assim sendo, essas entradas das mercadorias em trânsito foram consideradas em duplicidade pela autoridade fiscal (uma vez no registro de inventário, outra como entrada), nos anos de 2005 a 12/2007. Também destaca que a empresa realizou operações de consignação de mercadorias. Na primeira nota fiscal, de remessa, com o código CFOP 5917, as quantidades ainda pertenciam à Cremer. Apenas após a venda definitiva, com a emissão de NF de venda (CFOP 5114) é que referidas quantidades poderiam ser baixadas do estoque. Os levantamentos fiscais contabilizaram nestes casos, dupla saída: uma pela consignação, outra pela venda. Apenas para exemplificar, citou as notas fiscais nº 103032, 103542, 103997 e 105315, todas de 2008. Portanto, também assegura que por este motivo, o levantamento efetuado não pode ser acatado como prova das irregularidades de estoques da empresa. O defendante apresenta o entendimento de que a fiscalização utilizou-se de sistema de aferição indireta. Alega que o levantamento da fiscalização não espelha a realidade das operações havidas, apurando informações distorcidas, que não poderia, jamais, justificar o verdadeiro arbitramento realizado. Assegura que não permite que haja circulação de mercadorias sem a respectiva documentação fiscal. Não há provas de que tal fato tenha ocorrido, e que toda a circulação de mercadorias efetuada pela empresa se pauta em documentos fiscais correspondentes; não foram apontados indícios de que escrita fiscal da empresa não mereça fé. Toda a escrituração fiscal não poderia ser sumariamente desconsiderada. Diz que o lançamento como ocorreu no presente caso, baseado apenas em indícios, constitui verdadeira desconsideração da prova material em virtude de meras presunções (equivocadas). Afirma que nada impede que a fiscalização se utilize de um indício para supor a ocorrência de determinada operação. Entretanto, o mero indício jamais pode constituir prova suficiente a ensejar lavratura de AI. É dever do Agente Fiscalizador a apuração da verdade material. Neste sentido, cita a doutrina e assegura que a busca da verdade material se constitui como verdadeira obrigação da autoridade fiscal, que a aferição indireta é solução cômoda, mas contrária à realidade dos fatos, e à justiça. Comenta sobre a tarefa de investigação da autoridade fiscal e diz que os levantamentos fiscais não podem merecer guarida por apresentarem inúmeras falhas de procedimento; que o conjunto de provas, no presente caso, leva a uma única conclusão: o levantamento fiscal está todo equivocado. Não há a menor condição de acatar as diferenças apuradas. Pede o cancelamento do presente Auto de Infração.

Infração 05: Informa que, por conta das diferenças apuradas em relação ao estoque, a fiscalização calculou sobre mercadorias sujeitas à substituição tributária, o ICMS Substituição Tributária que teria deixado de ser retido e recolhido pela empresa (considerando a suposição de que as diferenças de estoque decorrem de saídas desacertadas de documentação fiscal). Contudo,

assegura que, se as diferenças apontadas são de origem duvidosa, por conta das inúmeras situações citadas no item anterior, as mesmas alegações valem quanto ao imposto calculado com base nestas supostas diferenças, haja vista que, caindo o principal (diferenças de estoque), consequentemente devem cair os acessórios, que neste caso seria o ICMS ST não retido e recolhido. Reafirma que o levantamento fiscal não tem a menor condição de ser mantido, por apresentar enormes distorções nas unidades de medida utilizadas em relação ao mesmo produto, criando quantidades de estoque totalmente diversas das reais. Em seguida, o defendant contesta as multas aplicadas, alegando que a imposição de multa que não mantém qualquer proporcionalidade com eventual falta cometida implica em retirada de patrimônio sem causa justificada, descumprindo regra contida no art. 5º, inciso XXII, da Constituição Federal. Apresenta o entendimento de que a multa aplicada não encontra respaldo legal e constitucional, devendo ser excluída em sua totalidade. Comenta, também, sobre os juros SELIC, dizendo que tais juros, ditos moratórios, são inaplicáveis, se considerado o ordenamento jurídico-tributário vigente. Neste sentido, cita o entendimento da doutrina e conclui que a aplicação da Selic somente pode ser acatada quando não ultrapassar a alíquota permitida pela Constituição Federal e legislação infra-constitucional: 1% ao mês.

O defendant volta a comentar sobre a necessidade de prova pericial, afirmando que as diferenças de estoque se deram por conta de incorreções no levantamento fiscal, e que, não há como acatar as diferenças levantadas com base em levantamento fiscal onde se confundiram as unidades de medida. Formulou à fl. 290, quesitos a serem respondidos e indicou como assistente técnico, o Sr. Osni Boettger, brasileiro, casado, contador, com endereço profissional Rua Iguacu nº 291, Blumenau -SC, o qual pode ser contatado pelo fone (47) 3321-8271 e *e-mail* osni@cremer.com.br. Por fim, pede que seja aguardado o término do procedimento administrativo para análise/implemento de qualquer providência relacionada ao presente crédito tributário; que sejam julgadas improcedentes as infrações, e caso se entenda subsistente a exigência, que seja realizada perícia, seja renovado o levantamento fiscal com os dados corretos, e que sejam excluídas as parcelas relativas à multa e aos juros moratórios, limitando estes últimos em 1% ao mês.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 578 a 584 dos autos, dizendo que em razão das alegações apresentadas pelo autuado e notas fiscais juntadas ao presente PAF, procedeu a uma completa e minuciosa revisão da ação fiscal em discussão, chegando às seguintes conclusões:

Infração 01: A autuante acata, inteiramente, as provas anexadas ao presente processo, registrando que tais elementos não foram apresentados durante a ação fiscal, embora tenham sido objeto de intimação fiscal. As notas fiscais referem-se às aquisições de formulários contínuos e transferências da matriz para filial, de mercadorias com mais de um ano de sua incorporação, não sujeitos à tributação.

Infração 02: A autuante acata parcialmente as alegações do autuado, dizendo que as notas fiscais apresentadas são em menor número que as alcançadas pela ação fiscal. Assim, excluindo as notas fiscais apresentadas e aceitas como prova, elaborou uma relação das notas fiscais aceitas, e novo demonstrativo do débito remanescente, conforme fl. 585 do PAF.

Infração 03: A autuante também acata parcialmente as alegações do defendant, informando que as notas fiscais apresentadas são em menor número que as alcançadas pela ação fiscal. Assim, excluindo as notas fiscais apresentadas e aceitas como provas, elaborou uma relação das notas fiscais aceitas, e novo demonstrativo do débito remanescente, conforme fls. 585/586 do PAF.

Infração 04: Inicialmente, a autuante esclarece que a apuração do imposto através de levantamento quantitativo de estoques, exercício fechado, é um procedimento corriqueiro durante uma ação fiscal e não um instrumento de exceção como afirma o defendant. Reproduz o art. 936 e seu Parágrafo unido do RISMS/97, e informa que em cumprimento à Ordem de Serviço para a ação fiscal em comento, utilizou todo o ferramental legalmente permitido para desincumbir-se de sua missão fiscalizadora, aplicando, entre outros processos, o levantamento

quantitativo de estoque de mercadorias – exercício fechado. Quanto à alegada confusão referente às unidades de medidas, esclarece que trabalhou com os dados fornecidos pelo contribuinte e este, efetivamente, não uniformiza suas unidades. Para um mesmo produto comercializado, ele utilizou indiferentemente, caixas, pacotes, unidades e também utilizou uma unidade incorreta. Tudo isso representou uma grande dificuldade para o trabalho da fiscalização, apesar dos cuidados tomados, inclusive, com a participação de prepostos do autuado no sentido de esclarecer cada dúvida. Com base na informação do deficiente, a autuante admite que ocorreram alguns erros. Informa que refez todo o levantamento fiscal, observando criteriosamente a determinação de cada unidade utilizada, principalmente dos produtos cujo resultado foi objeto de contestação por parte do autuado. Diz que esta revisão foi efetuada com a participação de Sr. Gilmário e Sra. Hilma, ambos prepostos da autuada nesta Capital, que elucidaram todos os questionamentos efetuados pela autuante, de sorte que não restaram dúvidas quanto à certeza do resultado. Portanto, refeito o levantamento de estoques, resultou em confirmação dos valores das omissões para alguns produtos, e aumento ou redução para outros. Conclui que a infração 04 – 04.05.04 foi alterada para 04.05.02, porque, após as correções, os valores das omissões de saídas superaram as omissões de entradas, invertendo-se, assim, em relação ao auto de infração original, quando as omissões de entradas eram superiores. (planilha às fls. 601 a 604 com base no levantamento às fls. 605 a 902).

Infração 05: Informa que foram sanados os equívocos do levantamento fiscal, tendo corrigido os valores referentes à falta de retenção e o consequente 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 consequentemente sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, cujo resultado encontra-se no demonstrativo de débito às fls. 586/587 dos autos.

Em seguida, a autuante comenta sobre as alegações defensivas relacionadas à aplicação da Taxa SELIC e inconstitucionalidade das multas aplicadas, dizendo que não ser o CONSEF o foro legal para tal discussão. Respondeu à quesitação apresentada pelo autuado nas razões de defesa, e concluiu elaborando novo demonstrativo de débito do Auto de Infração, após as correções efetuadas, dizendo que o valor total do auto de infração, após as devidas correções, passou de R\$ 1.323.525,79 para R\$ 60.435,71. A infração 04 – 04.05.04 foi alterada para 04.05.02, considerando que após as correções, os valores das omissões de saídas superaram as omissões de entradas, invertendo-se, assim, em relação ao auto de infração original, quando as omissões de entradas eram superiores. Esclareceu que todos os demonstrativos estão gravados na sua inteireza em CD, e impressos parcialmente, a título meramente ilustrativo, tal a quantidade de folhas e juntados a este PAF, a partir das fl. 585. Finaliza afirmando que o deficiente conseguiu elidir parcialmente o auto de infração, e que, após as devidas correções, subsistiram os valores relacionados no novo demonstrativo de débito e conforme relatórios detalhados que acostou aos autos. Pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Intimado da informação fiscal, o deficiente se manifestou às fls. 907 a 916 dos autos, dizendo que o prazo fornecido para manifestação foi muito curto. Num primeiro momento, a empresa juntou documentos à impugnação demonstrando a inconsistência dos trabalhos fiscais. Com a revisão da autuação, corrigidos vários equívocos, a empresa pode colocar em foco questões que antes não foram percebidas por conta das distorções e incorreções do levantamento anteriormente efetuado. Agora, pode verificar mais claramente certos aspectos, com os quais não concorda. Alega que, para rebater muitos deles, seria interessante a juntada de documentos tais como o levantamento de transferências entre unidades, relativos aos itens autuados, juntando cópias de notas fiscais. Contudo, pelo período envolvido (4 anos), pelo volume de documentos e exíguo prazo, principalmente considerando que os lançamentos e controles contábeis da empresa ocorrem em Santa Catarina, onde está sua matriz, e que apenas para remessa de documentos de um Estado a outro são necessários quase 3 dias, bem como considerando os dias não úteis

(sábado, domingo e feriado), constatou não restar mais que 2 dias para levantamento de informações e documentos. Assegura que os saldos remanescentes do lançamento fiscal ainda não correspondem à realidade, principalmente pelos motivos expostos na manifestação. Quanto às notas fiscais remanescentes indicadas na informação fiscal cujo registro não teria sido demonstrado, alega que pela exiguidade de tempo, a empresa ateve-se aos lançamentos de maior monta em 2008, ou seja, dos valores de R\$ 823,56 e R\$ 3.593,91. Assevera que tais notas foram consideradas como não lançadas pela fiscalização são notas de devolução de clientes, as quais foram registradas em seu livro de conforme demonstram as cópias dos registros fiscais que acostou aos autos. Portanto, afirma que é totalmente inconsistente a acusação fiscal neste aspecto. Quanto à NF 1941 (conforme indicado na relação à fl. 599), diz que houve equívoco. Na verdade, a numeração indicada pela fiscalização (1941) corresponde ao nº de controle de formulário. A numeração correta da NF é 6462, e se encontra perfeitamente registrada na data de 23/04/2008. As informações que confirmam esta situação podem ser checadas pela cópia da NF, onde se apura pelos valores e demais informações tratarem da mesma nota fiscal, e registro fiscal, ambos anexos. Portanto, apenas em relação a este item da autuação, do valor remanescente de R\$ 3.779,70, assegura que, no mínimo, R\$ 2.141,74 são indevidos, pelas considerações acima reproduzidas.

Em relação ao levantamento quantitativo de estoque, alega que os maiores valores exigidos continuam sendo decorrentes de supostas diferenças apuradas a partir de levantamento de estoque final/inicial da empresa. Diz que ainda constatou flagrantes discrepâncias. Uma delas está no levantamento de saídas relativo ao item 206340. Segundo o levantamento fiscal, no ano de 2006, a empresa teria dado saída a 4362 unidades deste produto. Apenas para demonstrar a imprecisão do levantamento fiscal, no mesmo período, pelo levantamento das notas fiscais, a empresa apurou um total de saídas do mesmo produto de 8227 unidades. Ou seja, 3865 unidades que deram saída no período não foram computadas pela fiscalização em seu levantamento. Também no levantamento de entradas pertinentes ao mesmo produto houve incorreções. Enquanto o Fisco apurou a entrada de 8600 unidades, a Cremer computou 9.840 itens. Diz que as relações de notas fiscais que acostou aos autos (entradas e saídas) apresentam os documentos e respectivas quantidades que foram totalmente ignorados pela fiscalização, e que, em relação a este item, nenhuma divergência pode ser constatada. Outro equívoco foi apontado pelo defensor em relação ao item 199031 (fl. 606 dos autos), no ano de 2005. Diz que em relação à NF 48679, foram consideradas 500 unidades no levantamento de estoque. O custo do produto, neste caso, seria de R\$ 0,96. Contudo, o correto levantamento deste produto deveria ser feito todo em pacotes, e não unidades. Tanto que todas as demais notas fiscais tiveram o produto comercializado em pacotes, com o preço oscilando entre R\$ 4,00 e R\$ 8,00. Desta forma, alega que restou evidenciado que a unidade de medida para comercialização e levantamento de estoques deste item seria em pacotes, não unidades. Em relação à nota especificada, as 500 unidades corresponderiam a 100 pacotes, apenas (cada pacote tem 5 unidades). Afirma que, se refeito o levantamento do estoque alterando esta medida, em relação a este item também não restará qualquer diferença. Prosseguindo, o defensor assevera que a maior parte das divergências está no cômputo em duplicidade de vários itens. Tratam de notas fiscais de transferências entre unidades emitidas ao final do mês de dezembro de cada ano, que pelo sistema já eram computadas automaticamente no estoque da empresa destinatária (CD da Bahia), antes mesmo de sua entrada efetiva naquele estabelecimento. A empresa buscou, através de seus sistemas de controle de estoques, por amostragem, cujas planilhas comparativas seguem em anexo, demonstrar as quantidades em trânsito em relação a itens onde foram apuradas “diferenças”. E as diferenças apuradas pela fiscalização correspondem justamente às mercadorias em trânsito, já computadas no estoque da destinatária antes de sua efetiva entrada no estabelecimento. As cópias parciais das notas fiscais de transferência (considerando que cada nota possui várias folhas), demonstram as transferências realizadas para o CD ao final de cada ano. Desta forma, afirma que tais quantidades foram consideradas 2 vezes pela fiscalização: uma computada no saldo de estoques ao final do ano, conforme registro do livro de inventário, e

computadas novamente como entradas, quando ocorreram efetivamente o ingresso das mercadorias nas dependências da empresa, no início do ano seguinte, conforme registro fiscal de entradas. Esclarece que tal procedimento foi adotado por questões de auditoria. Como nas transferências entre unidades, a titularidade das mercadorias continua sendo da Cremer, as mercadorias em trânsito obrigatoriamente têm que constar como estoque de uma das unidades (ou da remetente, ou do destinatário). No caso, tais mercadorias constaram como estoque da filial, antes mesmo de seu ingresso físico nas dependências da destinatária. Salienta que esta situação foi levantada na impugnação inicial, mais especificamente no item 40. Contudo, em relação a este tópico, não houve qualquer manifestação da autuante. Diz que este procedimento acarretou que essas entradas das mercadorias em trânsito fossem consideradas em duplicidade pela autoridade fiscal (uma vez no registro de inventário, outra como entrada), nos anos de 2005 a 12/2007. Reitera o pedido de realização de prova pericial e diz que as planilhas apenas em CD, considerando a grande quantidade de páginas que demandaria sua impressão, demonstram que as “diferenças” apuradas pela fiscalização decorrem, unicamente, deste cômputo em duplicidade dos itens em trânsito ao final de cada ano. Indica o Sr. Osni Boettger como assistente técnico, para que sejam respondidos os quesitos complementares apresentados às fls. 910/911 dos autos. Por fim, reitera o seu pedido de improcedência do Auto de Infração, ou, caso se entenda subsistente a exigência fiscal, que seja determinada a realização de perícia; quando menos, que sejam excluídas as parcelas relativas à multa e aos juros moratórios, limitando estes últimos em 1% ao mês.

Considerando que na manifestação apresentada após a informação fiscal, o defendente alegou que ainda constatou erros no levantamento fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 1103) para que a autuante adotasse as seguintes providências:

1. Intimasse o autuado a informar por escrito todos os equívocos materiais constatados nos levantamentos fiscais.
2. Com base nos documentos fiscais originais do autuado, fizesse as necessárias correções.
3. Em relação aos estoques, o autuado alegou as mercadorias em trânsito, foram computadas no estoque do destinatário antes de sua efetiva entrada no estabelecimento. É o caso das notas fiscais de transferências entre unidades emitidas ao final do mês de dezembro de cada ano, que pelo sistema já eram computadas automaticamente no estoque da empresa destinatária, no mesmo ato. Foi solicitado que a autuante efetuasse os ajustes, de acordo com as circunstâncias e comprovações que deveriam ser apresentadas pelo defendente, de forma a evitar duplicidades no cômputo das quantidades de mercadorias em trânsito.
4. Que fossem retificados os valores consignados incorretamente nas infrações apuradas, inclusive quanto ao levantamento de estoques, elaborando novo demonstrativo de débito.
5. Que fosse informado, ainda, se as notas fiscais da infração 03 foram incluídas no levantamento quantitativo de estoques (infração 04).

A diligência fiscal foi realizada por Auditora Fiscal designada pela autoridade competente, conforme fls. 1106/1108 do PAF. Foi informado pela Auditora encarregada pela diligência, que intimou o autuado a apresentar livros e documentos fiscais originais, livro Razão e balancetes do período fiscalizado, visando comprovar a alegação defensiva de lançamento de mercadorias em trânsito no estoque. Informa que após analisar os livros de Entrada referentes aos exercícios de 2008 e 2009, confirmou o registro das notas fiscais de números 699567 e 699565. Também confirmou o lançamento da nota fiscal 6462, em 23/04/2008, lançada no demonstrativo da fiscalização com o número do formulário contínuo 1941. Quanto às infrações 02 e 03, diz que acolheu os argumentos defensivos e retificou os valores apurados, conforme demonstrativo à fl. 1017 dos autos. Quanto à infração 04, informa que não procede a alegação de erro no levantamento quantitativo. Após analisar as notas fiscais incluídas na manifestação apresentada

pelo contribuinte, constatou que se referem à movimentação de mercadorias em consignação mercantil ou industrial, cuja operação não fez parte do levantamento fiscal. Diz que o autuado omite a nota fiscal de entrada nº 9094, de 26/07/2006, com 600 unidades do produto, que se refere ao CFOP 1918. Em relação ao item 199031, no ano de 2005, acatou a alegação do autuado e retificou a unidade da mercadoria, conforme novo demonstrativo que elaborou. Em relação à infração 05, informa que constatou que na apuração da base de cálculo da substituição tributária, equivocadamente foi utilizada redução indevida e a MVA de 41,34%, conforme disposto no Convênio 76/94, tendo elaborado novos demonstrativos às fls. 1018 a 1028. Quanto à solicitação da diligência para verificar se as notas fiscais da infração 03 foram incluídas no levantamento quantitativo de estoques, a diligente informou que não foram registradas em virtude de não terem sido escrituradas nem lançadas no arquivo magnético do contribuinte. Em relação ao argumento do defensor de que as notas fiscais de mercadorias em trânsito já estavam incluídas no estoque antes da entrada efetiva das mercadorias no estabelecimento, a diligente disse que intimou o contribuinte a comprovar a operação através de documentação contábil, e o defensor informou que centraliza todas as operações e não possui meios para geração isolada da filial, conforme e-mail à fl. 1031. Cita o art. 330 do RICMS/BA, e assegura que não houve lançamento em conta separada no livro Registro de Inventário das mercadorias em trânsito. Conclui que o autuado não cumpre o RICMS e não disponibiliza meios de prova do procedimento alegado. Em seguida, a diligente contesta o pedido apresentado pelo defensor para a realização de perícia. Diz que o levantamento foi realizado seguindo todos os critérios da auditoria de estoques, com demonstrativos e levantamentos que identificam e descrevem as infrações apuradas. Finaliza confirmado que acatou as ponderações do autuado relativamente à infração 03 e acatou parcialmente as alegações quanto à infração 04. Sugere a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$83.182,58, conforme novo demonstrativo de débito à fl. 1109 e novo levantamento fiscal às fls. 1110 a 1121 dos autos

Intimado da informação fiscal, o defensor se manifestou às fls. 1126/1127, dizendo que os cálculos foram refeitos pela fiscalização em relação ao ICMS substituição tributária. Entretanto, ainda constatou equívoco, na medida em que não foi concedida a redução de 10% na base de cálculo dos produtos farmacêuticos. Além disso, a fiscalização, equivocadamente, calculou a Substituição Tributária em relação aos produtos luvas e lençol. A apuração de ICMS substituição Tributária sobre luvas entrou em vigor apenas em janeiro de 2010, sendo que o Auto de Infração em lide abrange o período de 2005 a 2009. Assim, não há como exigir a substituição tributária em relação a tais fatos geradores. Quanto aos lençóis, destaca que não há previsão legal para incidência de ICMS substituição Tributária sobre tais produtos. Portanto, afirma que os cálculos devem ser refeitos novamente. Em relação às mercadorias em trânsito, informa que a empresa possui apenas um livro Razão para toda a empresa. Diz que o livro específico para controle de estoques da filial da Bahia, o livro Registro de Inventário, é o legalmente exigido e que controla a situação individualizada de cada unidade da empresa. Foi disponibilizado à fiscalização, assim como as notas fiscais pertinentes. Portanto, contesta a alegação da autuante de que a empresa não apresentou a documentação solicitada. Quanto ao documento de fl. 1031, diz que não tem como se manifestar a respeito, porque o mesmo não foi fornecido à empresa. Salienta que em relação à redução da multa, caso fosse efetuada a quitação do débito antes da defesa, diz que este direito restou cerceado, tendo em vista que, com a redução do valor total exigido, caso entendido pelo contribuinte como devido, entende que deveria ser proporcionado à empresa a possibilidade de quitar os valores com as reduções da multa previstas na legislação, nos mesmos percentuais concedidos para pagamento antes da apresentação da defesa. Por fim, o defensor pede que seja determinada a realização da perícia requerida anteriormente. Quanto menos, seja oportunizada a quitação do débito com os mesmos percentuais de redução da multa concedidos quando da intimação para apresentação da defesa inicial.

Considerando os equívocos apontados pelo autuado em relação à infração 05, esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em nova diligência para que a autuante

prestasse os necessários esclarecimentos e refizesse os demonstrativos com as correções. Que a repartição fiscal intimasse o autuado e lhe fornecesse, mediante recibo, cópia da informação fiscal e todos os demonstrativos que fossem acostados aos autos pela autuante, bem como, do encaminhamento de diligência. Que fosse reaberto o prazo de defesa, considerando a informação na diligência anterior, de que, após as correções na infração 04, os valores das omissões de saídas superaram as omissões de entradas, invertendo-se, assim, em relação ao auto de infração original.

A diligência foi efetuada pela Auditora Fiscal Simone M. V. Guimarães, dizendo que o autuado alegou que não foi considerada a redução de 10% na base de cálculo dos produtos farmacêuticos e inclusão dos produtos “luvas e lençol” no cálculo da substituição tributária. A diligente acatou os argumentos apresentados pelo defensor e disse que retificou os valores da infração 05 e do demonstrativo de débito às fls. 1041 a 1051. Quanto ao argumento defensivo referente às mercadorias em trânsito, a diligente disse que o livro Registro de Inventário é o legalmente exigido, e que ratifica as informações prestadas na diligência anterior. Informa que os documentos fiscais comprovam que a entrada efetiva foi posterior e a escrituração do livro Registro de Inventário obedece à mesma periodicidade do levantamento físico. Quanto ao documento à fl. 1031, informa que o documento é uma cópia do e-mail corporativo do contador do autuado, enviado pela própria empresa e assinado pelo seu contador. Foi anexado aos autos para ilustrar e comprovar que a empresa não disponibiliza meios de prova do procedimento administrativo alegado anteriormente. Assim, a diligente informa que foram acatadas as alegações do autuado somente em relação à infração 05, retificando o demonstrativo de débito. Finaliza, sugerindo a procedência parcial do presente Auto de Infração, no valor total de R\$79.724,28. Informa que o CD contendo os documentos do Auto de Infração encontra-se à fl. 18-A e o CD contendo os demonstrativos da informação fiscal encontra-se à fl. 1008. Em relação ao pedido de prazo para pagamento com redução de multas, foi determinada a reabertura do prazo de defesa, com o direito do autuado ao pagamento com as reduções de multa, conforme prevê a legislação. Juntou novos demonstrativos.

O defensor foi intimado quanto ao resultado da diligência fiscal e reabertura do prazo de defesa, se manifestou, dizendo que o novo valor do débito, com acerto da redução de 10% da base de cálculo dos produtos farmacêuticos e exclusão da cobrança de ICMS relativo à substituição tributária sobre luvas e lençóis. O defensor diz que reforça os argumentos despendidos que ensejaram as diligências efetuadas e reduziram os valores exigidos. Informa que efetuou o pagamento do novo débito apurado, em 27/01/2011. Que na verdade, recolheu valor superior ao apurado e requer seja determinada a devolução dos valores pagos a mais.

VOTO

Inicialmente, observo que o presente processo foi renumerado sem qualquer justificativa, de forma que, da folha 908 passou para a folha 1000, e a partir da folha 905-A o processo foi renumerado passando a mencionada folha a constituir a fl. 1003.

Quanto à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia, fica indeferido o pedido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, tendo em vista que a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foram realizadas diligências fiscais, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto aos resultados das mencionadas diligências.

No mérito, a primeira infração se refere à exigência de ICMS relativo à diferença de alíquotas nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao uso, consumo do estabelecimento autuado.

De acordo com o art. 4º, inciso XV, da Lei 7.014/96, há incidência de ICMS sobre a entrada efetuada por contribuinte do imposto em decorrência de operação interestadual iniciada em outra

unidade da Federação, quando as mercadorias ou bens forem destinados ao uso, consumo ou ativo permanente do estabelecimento.

Em sua impugnação, o autuado alegou que em relação aos produtos sobre os quais está sendo exigido o imposto, não há incidência de diferença de alíquota, motivo pelo qual a exigência é indevida. Para demonstrar a inexigibilidade dos valores, informa que juntou aos autos cópias das notas fiscais relacionadas, comprovando os materiais sobre os quais está sendo exigida a diferença de alíquota. Como exemplo, citou as notas fiscais emitidas pela empresa Moore Brasil Ltda., fornecedora de formulários contínuos. O defensor alegou que em relação aos mencionados materiais não há incidência do imposto, conforme consta nas próprias NFs.

O Defensor também alegou que houve transferências de imobilizados entre os estabelecimentos matriz e filial da Cremer. Assegura que na legislação de Santa Catarina (localização da matriz), e também da Bahia (onde se encontra a filial), há previsão de não incidência de ICMS quando das saídas de bem integrante do ativo permanente/imobilizado da empresa, desde que ocorrida após um ano de sua incorporação (conforme art. 6º, VIII do RICMS da Bahia, e art. 35, II, A, do RICMS/SC). Assegura que as transferências realizadas foram todas de bens com mais de 1 ano, conforme cópias das respectivas notas de aquisição pela matriz, em Blumenau. Na informação fiscal prestada às fls. 578/584, a autuante acolheu as alegações defensivas.

Observo que nas operações interestaduais, relativas às transferências de bens do ativo imobilizado ou de material de uso ou consumo entre estabelecimentos da mesma empresa, o estabelecimento destinatário pagará a diferença de alíquota correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na forma prevista na legislação de cada unidade da Federação, conforme estabelece a Cláusula Primeira, inciso II do Convênio ICMS 19/91. Vale salientar, que o legislador constituinte não disse que o imposto relativo à diferença de alíquota recai sobre vendas.

No caso de transferência de bens entre estabelecimentos do mesmo titular, em princípio, não caracteriza uma operação e não há pagamento nem recebimento de numerário. Entretanto, no âmbito do ICMS foi estabelecida a regra de que os estabelecimentos são autônomos. A teoria da autonomia dos estabelecimentos tem por fundamento o art. 11, § 3º, II da Lei Complementar 87/96. Portanto, considerando a autonomia dos estabelecimentos, nas transferências entre estabelecimentos do mesmo titular, verifica-se a ocorrência do fato gerador do ICMS.

Por outro lado, conforme prevê o art. 7º III, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, não é devido o pagamento da diferença de alíquota quando a operação for realizada com não incidência do imposto ou com isenção decorrente de convênio. A definição quanto às operações ou produtos que estariam fora do campo de incidência do ICMS é prerrogativa constitucional, conforme os dispositivos da Constituição Federal pertinentes ao assunto (art. 155, incisos II, § 2º, X, “a”, “b” e “c”; XII, “e”), salientando-se que este posicionamento também encontra amparo na Lei Complementar 87/96 (art. 3º, incisos I a IX).

O bem pode ter mais de um ano de incorporação no estabelecimento remetente, entretanto, em relação ao destinatário, neste Estado, a incorporação somente ocorrerá quando da entrada dos bens no estabelecimento. Por isso, não se pode acatar a alegação do autuado de que não é exigível o imposto relativo à diferença de alíquota, considerando que o RICMS/BA prevê a autonomia dos estabelecimentos.

Na acusação fiscal, constou que o imposto foi exigido em relação aos materiais adquiridos para o consumo do estabelecimento. Portanto, em relação às entradas de bens para o ativo, entendo que a autuação fiscal é nula, podendo ser renovado o procedimento fiscal no sentido de apurar o imposto efetivamente devido, em relação aos documentos fiscais constantes neste item da autuação.

Quanto às Notas Fiscais correspondentes aos formulários e impressos, estes documentos dizem respeito a serviço gráfico sem incidência do ICMS, a exemplo das fls. 303, 306, 309, 313 e 337 do PAF. Portanto, é insubsistente a exigência de diferença de alíquota sobre estas notas fiscais.

Concluo pela improcedência desta infração, haja vista que uma parte das notas fiscais não se refere a materiais de uso ou consumo e sim bens do ativo permanente que foram transferidos, conforme alegado pelo deficiente, e as demais notas fiscais não se referem a operações sujeitas ao ICMS.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa de 1% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$605,36.

O autuado alegou que a autuante exigiu a penalidade sobre notas fiscais de saídas, emitidas pelo deficiente. Também alega que constatou várias notas fiscais de transferência entre a matriz em Blumenau e o estabelecimento autuado, emitidas em dezembro de um exercício, que somente foram recebidas em janeiro do exercício seguinte. Além disso, argumentou que as notas fiscais emitidas pela empresa Itautec S/A por tratarem de meras notas fiscais de prestação de serviço (CFOP 5933 – Prestação de Serviço tributado pelo ISSQN/ISS), não foram registradas por não serem sujeitas ao ICMS. Portanto, sua escrituração não está prevista em regulamento, conforme aponta o art. 322 do RICMS/BA.

Na informação fiscal prestada às fls. 578/584, a autuante acolheu as alegações defensivas e informou que foram excluídas as notas fiscais comprovadas pelo deficiente, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito à fl. 585, apurado o débito no valor total de R\$540,03. Esta conclusão foi confirmada pela autuante quando prestou a informação de fls. 1106/1108, conforme demonstrativo de fl. 1121, e no novo demonstrativo de débito à fl. 1143 dos autos.

Considerando que o autuado acatou os novos cálculos efetuados quando da informação fiscal, já tendo providenciado o pagamento dos novos valores apurados após a revisão efetuada pela autuante, concluo pela procedência parcial deste item da autuação fiscal.

Infração 03: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% sobre o valor das mercadorias, totalizando R\$49.715,20.

Analizando as alegações apresentadas pelo deficiente, a autuante, na informação fiscal à fl. 580, disse que foram excluídas do levantamento fiscal as notas fiscais comprovadas pelo autuado, tendo sido elaborado novo demonstrativo de débito às fls. 585/586 do PAF.

Diante das provas apresentadas pelo deficiente, que não acatou as conclusões da autuante, foi determinada nova diligência fiscal, e a diligente informou na fl. 1106 que acatou os novos argumentos defensivos e retificou os valores apurados no levantamento fiscal, tendo sido refeito o demonstrativo de débito, retificando apenas o valor apurado no exercício de 2008 (demonstrativo à fl. 1109, alterando o débito para R\$338,45), repetindo os demais valores constantes do demonstrativo de fl. 585 dos autos. Os mesmos valores foram confirmados na revisão efetuada e no novo demonstrativo de débito à fl. 1143 do PAF.

Intimado das alterações efetuadas, não houve qualquer contestação pelo autuado, quando se manifestou às fls. 1034/1035, e também na última manifestação, estando cessada a lide.

Acato as conclusões apresentadas na diligência fiscal, tendo em vista a falta de comprovação no PAF quanto ao registro das notas fiscais remanescentes, concludo pela procedência parcial desta infração no valor total de R\$1.637,95, de acordo com o demonstrativo de débito elaborado na fl. 1143 do PAF.

As infrações 04 e 05 serão analisadas conjuntamente, mantendo-se a mesma ordem em que foram apresentadas, tendo em vista que tratam da mesma matéria (levantamento quantitativo de estoques) e o autuado apresentou impugnação combatendo estes dois itens.

Infração 04: Falta de recolhimento do ICMS relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, nos exercícios de 2005 a 2008.

Infração 05: 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, nos exercícios de 2005 a 2008.

O defensor alegou que a autuante confundiu unidades de medida, de forma que os resultados apurados estão totalmente disformes da realidade. Disse que o grande problema ocorreu em virtude das diversas unidades de medida que podem existir em relação a um mesmo produto, a exemplo do item 206999 (hastes flexíveis), dizendo que este produto pode ser comercializado tanto em caixa (com 48 pacotes), ou em pacotes individuais. Também apresentou alegações em relação ao custo unitário e quanto às notas fiscais de transferências emitidas no final do mês de dezembro de cada ano, que foram computadas automaticamente no estoque da empresa destinatária.

Estes itens da autuação também foram objeto de revisão fiscal efetuada pela autuante que, na informação fiscal prestada às fls. 578/584 dos autos, disse que refez o levantamento fiscal observando as unidades de cada mercadoria, principalmente dos produtos questionados pelo defensor.

Entretanto, o defensor ainda apresentou divergências quanto ao levantamento fiscal, dizendo que o valor remanescente ainda não correspondia à realidade, e que a empresa atreve-se aos valores de maior monta.

Diante das provas apresentadas pelo defensor, que não acatou as conclusões da autuante, foram determinadas novas diligências fiscais, e a diligente refez o levantamento fiscal e informou na fl. 1132 que acatou os novos argumentos defensivos e retificou os valores apurados no levantamento quantitativo, elaborando novo demonstrativo de débito à fl. 1143, apurando o débito total de R\$55.507,94 para a infração 04 e R\$22.038,39 para a infração 05.

Vale salientar que o defensor foi intimado sobre os novos valores apurados na diligência fiscal, e não apresentou qualquer contestação, tendo informado que o pagamento do novo débito apurado já foi efetuado, até em valor superior e, por isso, pede a devolução dos valores pagos a mais.

Entretanto, tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que nesta fase processual não cabe a compensação de imposto recolhido a mais, podendo o contribuinte requerer a mencionada compensação quando da quitação do Auto de Infração, ou restituição do indébito, na forma prevista nos arts. 75 a 78 do RPAF/99 e art. 33 da Lei 7.014/96

Acatando o resultado da revisão efetuada, concluo pela subsistência parcial destas infrações, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 1143 do PAF.

Quanto à alegação defensiva de que as multas aplicadas afiguram-se na forma de confisco, observo que a aplicação das mencionadas multas foi efetuada com base na previsão constante do art. 42 da Lei 7.014/96.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de sua ilegalidade ou constitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme quadro abaixo, elaborado com base no demonstrativo de débito à fl. 1143, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	IMPROCEDENTE	-	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	-	540,03
03	PROCEDENTE EM PARTE		1.637,95
04	PROCEDENTE EM PARTE	55.507,94	-
05	PROCEDENTE EM PARTE	22.038,36	-
TOTAL	-	77.546,30	2.177,98

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207184.0014/09-0, lavrado contra **CREMER S. A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$77.546,30**, acrescido das multas de 60% sobre R\$22.038,36 e 70% sobre R\$55.507,94, previstas no art. 42, incisos II, “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$2.177,98**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de agosto de 2011

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA