

**A. I. Nº** - 295898.0002/11-7  
**AUTUADO** - SHERWIN - WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**AUTUANTE** - PAULIDES FERNANDES OLIVEIRA  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** 04.08.2011

**5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0204-05/11**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. a) OMISSÃO DE SAÍDAS.** Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas de mercadorias através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, o lançamento foi efetuado com base na diferença das quantidades de saídas de mercadorias, maior que a das entradas, a qual constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Os elementos de prova juntados aos autos não se prestam a elidir a ação fiscal. **b) SAÍDAS DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. FALTA DE RETENÇÃO NA QUALIDADE DE CONTRIBUINTE SUBSTITUTO.** O autuado não fez retenção e conseqüente recolhimento do ICMS-ST, na qualidade contribuinte substituto. Infrações subsistentes. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 24/03/2011 para exigência de ICMS no valor de R\$ 118.246,09, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$ 87.589,72, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e 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 relativo ao exercício de 2006, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas. Multa de 70%
2. Falta de retenção do ICMS no valor R\$ 30.656,37 e o conseqüente recolhimento, 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 na escrita fiscal, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado (2006). Multa de 60%.

O autuado, através de seu representante legal, inicialmente, salientou a tempestividade de sua defesa constante às fls.453 a 470, esclareceu que tem como objeto social à fabricação e comercialização de tintas, vernizes e solventes para empresa em todo território nacional e comercializa seus produtos diretamente a consumidores finais; é contribuinte do ICMS e recolhe aos cofres estaduais o valor devido. Por isso se diz surpreso com o presente Auto de Infração.

Argúi que a fiscalização não observou a atividade operacional da empresa, fabricante e comerciante de tintas. Explica que toda tinta é uma preparação e mistura de vários insumos na sua produção, podendo ser monocomponente, bi ou tri - componentes e, por não ser observado corretamente os livros e notas fiscais, entendeu que houve omissão de entradas e de saídas de produtos comercializados.

Pede a realização de perícia para que se comprove a nulidade, iliquidez e incerteza do trabalho fiscal. Reafirma que não houve as omissões, pois os produtos vendidos sempre possuem dois ou mais componentes que, no momento da venda, tornam-se apenas um.

Explica que tais produtos não podem ser vendidos em uma única embalagem, pois somente poderão ser misturados pelos clientes, quando da respectiva aplicação ou utilização. O laudo Técnico do DOC 05 esclarece sobre essa característica peculiar dos produtos.

Diz que em muitas das notas fiscais não constavam todos os itens ou componentes efetivamente vendidos pela empresa, mas tão somente um único componente ou nome comercial do produto, em que pese informar o valor das mercadorias, a quantidade fornecida e o valor do ICMS. Diz juntar as notas fiscais em que os produtos bicomponentes, tricomponentes ou kits são descritos em itens separados, devidamente mencionados e totalizados para fins de cálculos do ICMS.

Aduz que a fiscalização poderia verificar essa situação particular comparando os dados constantes dos arquivos magnéticos e dos livros fiscais com aqueles constantes nas notas fiscais, como não o fez, lavrou o presente Auto de Infração.

Informa no item 1, que adquire insumos para a fabricação das tintas através de notas fiscais. A omissão de entrada apurada pelo fiscal refere-se a produtos oriundos da mistura dos componentes que o formam. Explica que os componentes adquiridos são utilizados para a fabricação de um único produto para o qual se emite a nota fiscal de saída, não havendo, pois, omissão de entrada.

Exemplifica com os produtos:

<u>CÓDIGO</u>	<u>PRODUTO</u>	<u>EI</u>	<u>ENT.</u>	<u>EF</u>	<u>SAI</u>	<u>NF</u>	<u>OMI</u>
13020190701	SUMASTIC 228 CINZA 201 M N65	0	40	0	40	2170	2130
13080290801	SUMASTIC 228 ALUM. COMP. A	0	148	0	148	2600	2425
13405395301	SUMASTIC 228 AR COM. A	0	148	0	148	3212	3064
18710009001	SUMATANE BRANCO 100 M N 9.5	0	9	0	9	1028	1019

Afirma que conforme tabela acima, as saída identificadas pela fiscalização não condiziam com as entradas informadas, isto porque tais produtos são produzidos pelo impugnante, não existindo registro de entrada uma vez que se trata de produto novo. Aduz que o DOC 03 traz as planilhas com a movimentação dos estoques vinculando códigos originais com os correspondentes códigos transformados e suas notas fiscais.

Explica a composição dos produtos supra relacionados para definir que não existem as omissões apontadas pelo fisco.

Com relação à infração 2, diz que a fiscalização, ao confrontar as notas fiscais de saídas com o livro inventário entendeu existir nova omissão, desta vez, de saída. Reitera as explicações anteriores de que dois ou mais componentes formam um único produto, que na correspondente nota fiscal de saída, esse novo produto e seus componentes são identificados, no entanto, não puderam ser visualizados nos arquivos magnéticos, tais componentes.

Argúi que os componentes podem ser identificados nas notas fiscais e no DANFE, que anexa no DOC 04; a fiscalização não as examinou, mesmo estando à disposição, desde o início da ação.

Exemplifica com a tabela que apontou omissões de saída:

<u>CÓDIGO</u>	<u>PRODUTO</u>	<u>EI</u>	<u>ENT.</u>	<u>EF</u>	<u>SAI</u>	<u>NF</u>	<u>OMI</u>
13090701	SUMASTIC 228 COMP B	441	3132	406	3167	181	2986
18090006	SUMATANE HS BR COMP. B	443	2480	412	2511	165	2346
18790008	SUMATANE 355 COM. B	326	4695	427	4594	161	4433

23090004 SUMADOR 2628/2630 COMP. B 162 3336 526 2972 222 2750

Identifica que o produto SUMASTIC 228 COMP B (13090701) é componente de outro produto para o qual foi emitida nota fiscal de saída, quando da sua comercialização, apenas não foi considerado, por equívoco, nos arquivos magnéticos. Apresenta a composição dos demais produtos acima relacionados.

Questiona, na apuração do imposto devido, o valor médio dos produtos, quando seria possível a aferição mediante os valores extraídos a partir dos documentos fiscais de entrada dos produtos.

Questiona também sua condição de substituto tributário, nos termos do Convênio ICMS 74/94, sinalizando no seu parágrafo primeiro, a inaplicação às remessas quando utilizadas pelo destinatário em processo de industrialização.

Esclarece que os produtos da empresa, da qual faz parte a filial de Lauro de Freitas, são destinados à proteção anticorrosiva, para as mais variadas utilizações, entre elas: pintura de superfícies de aço carbono expostas a ambientes de baixa, média e alta agressividade; pintura de superfícies de concreto, alvenaria, telhas de fibrocimento; pintura de superfícies de aço galvanizado, inoxidável, alumínio ou outros metais não-ferros; pintura de superfícies de fibreglass; pintura de pisos industriais; pintura interna de tanques e tubulações; pintura de painéis e instrumentos elétricos; pintura de azulejos, etc.

Diz ainda que seus produtos são comercializados para consumidores finais que os utilizam como insumos, na preparação de produtos. Não ocorrendo posterior operação de venda de tais produtos por se tratarem de tintas especiais.

Invoca o § 7º do art. 150 da Lei Maior, para arguir que a substituição tributária pressupõe a ocorrência de operação posterior, a denominada sujeição passiva indireta e que o art. 128, CTN, dispõe que a lei pode atribuir responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo o contribuinte direto ou atribuindo a esta em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação. Requer, por fim:

- a) A anulação na integralidade do Auto de Infração por não existir omissões; porque não há incidência de ICMS/ST quando ocorre venda para consumidor final;
- b) deferimento de perícia e de diligência fiscal para análise das notas fiscais colocadas à disposição do fisco e que não foram analisadas;
- c) juntada posterior de documentos.

Volta a manifestar-se o autuado, fls. 515/595, fazendo juntada das notas fiscais que, afirmou, estavam à disposição da fiscalização.

Na informação fiscal às fls.505 a 511, a autuante diz, preliminarmente, não ter identificado nenhuma prova capaz de elidir a acusação fiscal. Informa que, diante das alegações defensivas, o autuado não percebeu que a ação fiscal foi baseada na auditoria dos registros fiscais de suas entradas e saídas, regularmente disponibilizados nos arquivos magnéticos e que espelham tais documentos, mas também do livro de Inventário e que resultaram no levantamento de estoques.

Relata as obrigações do autuado face ao Convênio ICMS 57/95, que trata de arquivos magnéticos.

Diz que as omissões encontradas foram baseadas nos documentos apresentados e ao verificar as divergências entre códigos de mercadorias comercializadas e aqueles constantes nos estoques inicial e final, o autuado foi contatado, manifestando-se no sentido de que não existem correções a fazer, vez que os dados estão corretamente registrados no Inventário e Arquivos Magnéticos.

Explica que os produtos são recebidos com os códigos corretos, mas na possibilidade de mistura das tintas base, gera nota fiscal de saída com código diferente da nota fiscal de entrada.

Sobre o pedido de nulidade, diz que não merece acolhida; sobre o pedido de diligência, que não tem o que ser apurado.

Com relação à infração 1, diz que o argumento defensivo da inexistência da omissão de entradas não procede. Os produtos constantes dos relatórios e das provas anexados pelo autuado, sequer constam do levantamento quantitativo de estoques.

Explica que apurou tão-somente ICMS devido nas operações de comercialização e que entre os 403 itens selecionados no levantamento, os códigos para o produto SUMASTIC, não estão entre aqueles alegados pela autuada em sua peça defensiva. O mesmo ocorre com o SUMATANE.

Aduz que, se verdadeiras as alegações do autuado, deveria empregar CFOP adequado na escrituração fiscal. Exemplifica na entrada da mercadoria SUMASTIC COMP A + SUMASTIC COMP B transforma no PRODUTO C. Para este novo produto a autuado consta na nota fiscal CFOP 2152 (transferência para comercialização); defende a autuante que o correto seria 2905 (entrada de mercadoria remetida para industrialização); na Saída, a nota fiscal informa CFOP 5101 (venda de produção do estabelecimento), quando o correto seria CFOP 5901 (remessa para industrialização por encomenda).

Afirma que a documentação, fls. 177/441, fortalece o acerto da ação fiscal.

Na infração 2, novamente os produtos mencionados pelo autuado não constam do levantamento quantitativo de estoques e rebate a arguição defensiva de que não é substituto tributário.

Diz que basta verificar a relação dos DAES, anexos às fls. 444/447, também porque o autuado realiza operações comerciais com revendedores varejistas e atacadistas de tintas, ocorrendo as operações subseqüentes com esses produtos.

Conclui mantendo o seu procedimento fiscal pela procedência da autuação.

## VOTO

Quanto aos aspectos formais, depois de examinar todos os elementos que integram o presente Auto de Infração, constato que a sua composição, processamento e formalização se encontram em total consonância com o RICMS BA e com o RPAF-BA. O lançamento tributário contém todos os pressupostos materiais e essenciais para a sua lavratura, em obediência ao disposto no art.39 do RPAF BA; os fatos geradores do crédito tributário estão constituídos nos levantamentos efetuados pela autuante às fls.09 a 174.

Tais documentos, representados por demonstrativos, levantamentos, documentos fiscais e demais esclarecimentos constantes dos autos, são suficientemente esclarecedores e servem como elementos de prova das infrações imputadas ao autuado, ao tempo que permitiram ao sujeito passivo exercer o direito da plena defesa e ao contraditório em face ao trabalho fiscal.

Indefiro, por conseguinte, o pedido de diligência ou perícia formulado pelo autuado, porque já se encontram no processo todos os elementos para minha convicção sobre a lide, sendo tal providência desnecessária, em vista das provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF BA.

No mérito, verifico que a exigência faz referência à falta de recolhimento do ICMS, na infração 1, relativo às operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e 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 relativo ao exercício de 2006, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas tributáveis omitidas.

Na infração 2, a exigência é pela falta de retenção e consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativo aos produtos apurados no levantamento de estoques descrito na infração anterior.

Dessa forma, no lançamento ora em discussão exige-se ICMS face à constatação de omissão de saídas de mercadorias apurada através de levantamento quantitativo de estoques, que se encontra devidamente demonstrada, às fls.09 a 174, constando especificadas e relacionadas, as quantidades das entradas, das saídas, com número dos respectivos documentos fiscais; os estoques inicial e final, o demonstrativo de estoque, e a demonstração de apuração do débito.

O cálculo do débito da infração foi feito em perfeita conformidade com a Portaria nº 445/98, qual seja, com base nas operações de saídas de mercadorias tributáveis, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entradas de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas no mesmo período, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, no caso sobre as saídas omitidas.

O levantamento que resultou na autuação fiscal está composto por diversos demonstrativos que explicitam todo o trabalho realizado, onde o Fisco especifica os produtos e respectivos códigos, objeto da exigência, bem como as quantidades, demais dados do levantamento, que toma por base as notas fiscais de entradas e saídas, nos livros de Registro de Entradas e Saída, no Registro de Inventário. Acostados ainda aos autos: Demonstrativo de Cálculo das Omissões (fls.27 a 42); os Demonstrativos das Saídas de Mercadorias Tributadas Maior que a de Entradas (fls.09/17); Relatório de mercadorias selecionadas – 403 produtos (fls. 43/57); levantamentos analíticos das Entradas (fls. 135/165); levantamentos analíticos das Saídas (fls.58/111); cálculo do preço médio (fls. 166/174). Além do Demonstrativo da Substituição Tributária – Falta de Retenção (fls. 18 a 26), que ampara a exigência contida na infração 2.

Cópias dos citados demonstrativos em arquivos eletrônicos foram entregues ao autuado (fl. 176).

E, foi com base nesse procedimento que restou constatada omissão de saídas de mercadorias tributadas, sendo exigido o imposto de acordo com o que preceitua a Portaria nº 445/98.

Portanto, em razão de sua natureza objetiva e matemática, a contestação do levantamento quantitativo deve ser feita mediante indicação precisa dos erros detectados e/ou apresentação de novo levantamento evidenciando e justificando as diferenças encontradas.

Na defesa foi alegado que inexistiu omissão de entrada e de saída, tendo juntado como elemento de prova as notas fiscais colacionadas à peça defensiva.

Ocorre que os elementos de prova acostados pelo autuado, não se prestam a elidir a acusação fiscal e nem estão a favor de suas alegações. Isto porque, conforme assevera o autuado, *“os itens componentes de outros produtos, identificados unicamente nas notas fiscais, no DANFE e que não teria sido examinado pela fiscalização”*, foram trazidos ao processo, mas não se referem aos produtos constantes no levantamento fiscal, que produziram as infrações retro mencionadas.

Mesmo quando juntou novos elementos, os produtos mencionados pelo autuado e respectivas notas fiscais, não constam do levantamento quantitativo de estoques.

Posto isso, mantenho o lançamento dos itens em comento, nos valores exigidos na inicial, pois a metodologia de apuração do débito obedeceu ao roteiro de auditoria de estoques, o débito foi calculado seguindo aos procedimentos previstos na Portaria nº 445/98 e o autuado não logra êxito ao tentar demonstrar que os produtos são formados por bicomponentes ou tricomponentes. A documentação apresentada para comprovar os alegados erros no seu sistema fiscal, em particular nos estoques, não alcança tal intento, não foram convincentes.

Resta, pois, perfeitamente caracterizada, a infração 1.

A infração 2 é consequência da primeira infração e apurada de acordo com o demonstrativo de fls. 18/26 dos presentes autos. A arguição defensiva de que não é substituto tributário não deve ser acatada, uma vez que resta provado a realização de operações com revendedores varejistas ou atacadistas de tintas, com a ocorrência de operações subsequentes. O próprio autuado confessa a sua condição de sujeito passivo de substituição tributária, conforme pagamentos que faz regularmente, de acordo com a relação dos DAES, anexos às fls. 444/447.

Assim, caracterizada a falta de retenção de ICMS-ST, na qualidade de contribuinte substituto e procedente é a infração 02, conforme constante na inicial.

Com relação ao argumento defensivo de que a multa é confiscatória, verifico, em contrário, sua previsão no texto da lei de ICMS do Estado da Bahia, sendo, portanto, legal. Também não pode ser acatado o pedido de sua exclusão, visto que a penalidade imposta está vinculada à infração cometida, e este órgão julgador não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação principal, competência exclusiva da Câmara Superior deste CONSEF, consoante o art. 159 do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do presente auto de infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **295898.0002/11-7**, lavrado contra **SHERWIN – WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$118.246,09**, acrescido das multas de 60% sobre R\$30.656,37 e 70% sobre R\$87.589,72, previstas no art. 42, incisos II, “a” e III, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA