

**PROCESSO** - A. I. Nº 295898.0002/11-7  
**RECORRENTE** - SHERWIN - WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0204-05/11  
**ORIGEM** - INFAZ ATACADO  
**INTERNET** - 22/08/2012

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0215-12/12

**EMENTA:** ICMS. 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 pelo sujeito passivo aos autos não elidem a imputação. **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 a conseqüente recolhimento do ICMS-ST, na qualidade contribuinte substituto. Infrações subsistentes. Rejeitada a argüição preliminar de nulidade. Indeferido de plano o pedido não quesitado de perícia, e indeferido o pedido de realização diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra julgamento, em Primeira Instância, do Auto de Infração nº 295898.0002/11-7, lavrado em 24/03/2011 para exigir ICMS no valor de R\$118.246,09, acrescido das multas de 60% e de 70%, em razão de duas irregularidades:

**INFRAÇÃO 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, as saídas tributáveis omitidas. Multa de 70%.

**INFRAÇÃO 2.** Falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS no valor R\$30.656,37, 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 no exercício fechado de 2006. Multa de 60%.

O Fisco acosta, às fls. 05 a 448 (volumes I e II), documentos que consistem Termos de Intimação, de Arrecadação e de Devolução de livros e documentos fiscais (fls. 05 e 08); Termo de Intimação para apresentação de arquivos magnéticos SINTEGRA, com a concessão do prazo de cinco dias úteis para entrega (fl. 06); Termo de Intimação para retificação de arquivos magnéticos SINTEGRA, com a concessão de trinta dias para correção das irregularidades listadas pelo Fisco (fl. 07); demonstrativos do levantamento fiscal realizado, cópias de livros fiscais do contribuinte; Procuração da empresa; relação de Documentos de Arrecadação Estadual - DAEs emitidas pelo sistema informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, relativas ao contribuinte autuado.

Às fls. 02, 17, 26, 42, 111, 134, 165, 171, 174, e 176 estão anexados comprovantes de entrega, ao sujeito passivo, de cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos juntados pelo preposto fiscal aos autos deste processo.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 453 a 470 (volume II), acosta mídia CD à fl. 452, demonstrativo às fls. 496 e 497, e documento intitulado “Laudo Técnico” às fls. 500 a 503/verso.

A autuante presta informação fiscal às fls. 505 a 511, mantendo integralmente a autuação.

O autuado volta a manifestar-se à fl. 515, aduzindo estar juntando notas fiscais que, diz, comprovariam as suas alegações. Junta mídia CD à fl. 516 com o texto de sua petição de fl. 515; demonstrativo às fls. 517 e 519; e cópias de notas fiscais às fls. 520 a 595.

O julgamento unânime em Primeira Instância manteve integralmente o Auto de Infração, conforme Acórdão nº 0204-05/11, às fls. 599 a 604. Em seu voto assim se expressa o digno Relator:

#### **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.*

Inconformado com a Decisão proferida, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 616 a 641, reproduzindo as suas alegações da impugnação originária. Em apertada síntese o Recorrente pede sustentação oral, em seguida descreve as imputações e diz que em sua impugnação originária teria provado que não omitira saídas de mercadorias tributáveis. Afirma que o estabelecimento autuado é filial que vende tintas denominadas de industriais ou especiais, e que o estabelecimento localizado no Estado de São Paulo remete-lhe produtos que seriam revendidos a consumidores finais.

Diz que estes produtos seriam considerados especiais porque seriam materiais para pintura de prédios, máquinas e outros bens. Que, assim, quando os produtos são transferidos de

estabelecimento dele, Recorrente, não seriam considerados como venda porque não seriam mercadorias. Que os produtos que entram no estabelecimento dele, Recorrente, em Lauro de Freitas, seriam tintas especiais que serão revendidas a terceiro com outra denominação, e que *“a tinta A e a tinta B servem para compor a mercadoria, denominada “C”.*”

Traz como exemplo a mercadoria “Durepox”, que diz ser composta por dois itens, e que afirma não comercializar, mas que serviria com exemplo neste processo. Que o produto “Durepox” não entraria no estabelecimento do vendedor como “Durepox”, e sim entrariam dois componentes, que vendidos em conjunto, formariam o “Durepox”. Que, assim, caberia à Fiscalização, ao diligenciar no estabelecimento do sujeito fiscalizado, entender como funcionaria o processo produtivo e a revenda dos produtos, para não incorrer em equívoco e prejudicar a empresa.

Aduz vender “kits” que são preparados com produtos enviados por outro estabelecimento da mesma empresa, mas localizado em São Paulo, e que estes “kits” são preparados a pedido do comprador. Que estes “kits” podem ter dois ou três componentes. Repete exemplo que diz já ter trazido na impugnação originária, com dados que afirma ter extraído da Nota Fiscal de venda sob o nº. 014445, emitida em 07/12/2006, tratando dos produtos “Sumastic 228 branco 100 M.N. 9,5” códigos 13011090701, 13011001, 13090701, e “Sumatane 355 branco” códigos 187100090001, 187100001 e 18790008, e diz que os produtos que ingressaram no estabelecimento teriam formado a mercadoria a ser vendida, sendo compostas, nos exemplos, por dois componentes.

Assevera que ele, Recorrente, ao dar saída da mercadoria, cita no documento fiscal o nome da mercadoria e também relaciona o nome dos produtos que a compuseram, e que assim seria nítido que não haveria omissão de entradas e saídas. Que há o registro da mercadoria na nota fiscal, mas esta é composta pelos produtos ingressados no estabelecimento do recorrente, e seria necessário fazer o cruzamento dos produtos que entram e dos kits que são vendidos, para identificar que não existiria omissão. Diz que *“Pela simples explicação acima, o recorrente acredita que esta Colenda Câmara irá anular o v. acórdão da Digna 5ª JF, pois foi levada a erro pelas Informações Fiscais.”*

Diz que os exemplos e notas fiscais que foram desconsideradas pela 5ª JF, por supostamente não serem compatíveis com a descrição da autuação fiscal, tal entendimento não deveria prevalecer, porque ele, Recorrente, se pautara pelo demonstrativo eletrônico fornecido pelo Fisco, e indaga qual o motivo pelo qual o Fisco *“então supostamente entregou documento digital diverso do documento físico?”* Diz que a linguagem deve ser clara e o lançamento seguir o determinado no Código Tributário Nacional - CTN. Que ele, Recorrente, não poderia ser culpado por desorganização da Fiscalização e os exemplos deveriam servir como prova porque os produtos fariam parte da autuação fiscal.

O contribuinte diz que, em suma, a Fiscalização não poderia entender que houve erro no CFOP informado, ou que não constam no arquivo magnético as informações corretas dos produtos e, por isto, fazer valer o seu entendimento. Fala sobre processo administrativo fiscal. Diz acreditar que não haveria falha em suas obrigações acessórias, e que o que aconteceria no caso em tela seria a falta de conhecimento técnico da Fiscalização quanto à atividade desenvolvida por ele, Recorrente, lavrando autuações que diz seriam sem respaldo técnico. Afirma que se esta CJF entender necessário, informa estar disponível para qualquer pedido de aferição em sua base de dados, ou a apresentação de novos documentos e, por fim, a realização de perícia, a fim de esclarecer que haveria insubsistência da autuação fiscal.

Aduz que toda a documentação carreada aos autos refere-se ao período fiscalizado. Diz que a documentação colacionada e os produtos citados na sua impugnação foram exemplos, e que caso a Fiscalização queira aferir toda a documentação do período autuado, informa que está à disposição.

Diz que se entraram no ano-calendário de 2006 três produtos, que denomina de “A” e “B” e “C”, só podem ser registrados no estoque dele, filial, em Lauro de Freitas, como: “A”; “B” e “C”, e na hora em que o consumidor for adquirir a mercadoria necessária para pintar a sua loja, ou máquinas,

escolherá no ato o que precisa, montando o seu kit e deste modo, monta o kit “D” composto pelos itens que escolher, a exemplo de “B” e “C”, e o kit “D” não poderia constar na entrada, pois ele não estava ainda formado.

Solicita que os exemplos dados em sua impugnação originária sejam analisados com base no demonstrativo eletrônico encaminhado pela Fiscalização, pois isto seria suficiente para verificar que não teria havido omissão e falta de recolhimento.

Reprisa o pedido de perícia.

Repete o pedido de reforma da Decisão *a quo*. Fala sobre processo administrativo fiscal, princípio da legalidade, verdade material, cita texto de jurista sobre processo administrativo fiscal, cita Acórdão deste CONSEF sobre nulidade de Decisão de primeiro grau por cerceamento de direito de defesa, diz que a 5ª JF preferiu acreditar nos dizeres da Fiscalização e ignorar as alegações dele, Recorrente, e suas provas, e não observou que se ele, Recorrente, citou exemplos em sua Impugnação, estes poderiam estar relacionados com o demonstrativo digital entregue pela Fiscalização. Afirma que *“mesmo que haja erro (o que não acredita o recorrente) em seu arquivo eletrônico ou em qualquer outro documento entregue à fiscalização, isto não é suficiente para manter-se a autuação, pois o simples erro na obrigação acessória não é hábil a desconsiderar os fatos jurídicos e ser afirmada a existência de infração tributária.”*

Diz que se a 5ª JF houvesse analisado com cuidado as notas fiscais dele, Recorrente, perceberia que existe um código de produto atrelado a uma descrição do produto e embaixo dele existe a descrição dos componentes que compõem o “kit”.

Afirma que não deveria prosperar o item 2 da autuação, quando exige ICMS/ST, *“pois o estabelecimento localizado em Lauro de Freitas só vende mercadorias (os kits) para consumidor final.”*

Prossegue dizendo que *“Tal afirmação, é fácil de ser percebida quando da análise das notas fiscais, pois constam no campo de observação a seguinte descrição: VENDA A CONSUMIDOR FINAL; sendo assim não pode suposto equívoco no lançamento do CFOP, ser cominada ao pagamento de ICMS/ST. Patente, que o simples erro de obrigação acessória (no que diz respeito ao preenchimento da documentação fiscal), se realmente ocorrido, não pode ser apto a gerar uma cobrança indevida. Mais um ponto falho da fiscalização para simplesmente manter a autuação e cobrar, indevidamente, valores do recorrente e aumentar sua arrecadação.”*

O contribuinte requer que seja analisada documentação acostada aos autos e realizadas perícia e/ou diligência a seu estabelecimento, para ser apurada a verdade material. Pede que seja declarado nulo o Auto de Infração, porque teria havido ofensa ao princípio da verdade material porque teria havido constituição imprecisa do crédito tributário, pelo motivo de que *“a convicção dos Doutos Julgadores foi pautada no entendimento fiscal e está não pode ser utilizada como verdade absoluta.”* Pede a anulação do Acórdão de primeiro grau.

O Recorrente aduz que passará a falar sobre o mérito da autuação. Volta a arguir a nulidade do Auto de Infração. Cita trecho da Decisão *a quo*. Repete as suas alegações anteriores. Discorre acerca do que são tintas e preparados. Cita que *“Para demonstrar o alegado acima, segue um exemplo já anexado aos autos, em 19/05/2011, referente a dados extraídos da Nota Fiscal de venda sob o nº. 014445, emitida em 07/12/2006”*, e repete os dados de produtos já listados em seu Recurso Voluntário. Diz ser empresa que tem mais de 140 anos de história, e discorre acerca da sua reputação comercial e da qualidade dos produtos que fabrica no Brasil. Volta a citar que em Laudo Técnico que anexa estariam explicadas as características peculiares dos seus produtos. Aduz que estas são importantes para o presente caso porque uma das razões *“das diferenças constatadas pela Fiscalização, e mantida pelo Colegiado da 5ª JF, quanto às supostas inconsistências na quantidade de mercadorias que entraram e/ou saíram, são decorrentes dessa particularidade dos produtos vendidos pela filial.”*

Reprisa seus argumentos defensivos sobre a formação de “kits” e diz que *“a Fiscalização não analisou corretamente como são registradas as mercadorias do recorrente, visto que muitas das notas fiscais informadas nesse meio não constavam todos os itens ou componentes efetivamente vendidos pela empresa, mas tão somente um único componente ou do nome comercial do produto, em que pese o valor das mercadorias, o ICMS devido e as quantidades fornecidas serem devidamente informadas nos documentos fiscais. Em suma, levou a Fiscalização a considerar que os outros itens ou componentes vendidos nas mesmas notas fiscais não entraram ou saíram do estabelecimento do recorrente, gerando as absurdas diferenças apontadas. Como se poderá perceber nas notas fiscais ora juntadas, os produtos bi-componentes, tri-componentes ou kits são descritos nas notas fiscais em itens separados, devidamente mencionados e totalizados para fins de cálculo do ICMS.”*

Volta a reprisar seus argumentos defensivos. Aduz que *“Além disto, também não cabe a afirmação da Fiscalização, mantida pela Doutra 5ª JF, quanto a alegação de manter a autuação fiscal, tendo em vista que os CFOPs também estão errados. Neste passo, merece informar que o CFOP é mero identificador da operação, mas não é apto a demonstrar sozinho qual foi a operação feita pelo recorrente. Assim, mesmo que o CFOP não esteja correto isto não é suficiente para ser mantida a autuação fiscal, tendo em vista que tal obrigação não pode ser parâmetro para determinar a incidência do tributo.”*

Afirma que os estabelecimentos que comercializam tintas a ser misturadas não são considerados, pela legislação do IPI, como do ramo industrial. Aduz que não seria substituto tributário. Que, conforme §1º da Cláusula Primeira do Convênio ICMS 74/94, que dispõe sobre o regime de Substituição Tributária nas operações com tintas, vernizes e outras mercadorias da indústria química, as atividades dele, Recorrente, não estariam sujeitas ao regime de substituição tributária, e copia a cláusula primeira deste Convênio.

Assevera que os seus produtos seriam comercializados para consumidores finais *“que os utilizam como insumo, para a preparação de seus produtos.”* Diz que no campo de observação das notas fiscais sempre consta a informação *“venda a consumidor final”*. Que, assim, *“se não há seqüência da cadeia do ICMS não há como ser cobrado o ICMS/ST, que só pode ser exigido quando vendido para sujeito/contribuinte de ICMS.”*

Cita tipos de pintura que aduz ser exemplos de utilização de seus produtos. Repete que *“Tais produtos são vendidos, diretamente aos consumidores finais, para utilização em seus respectivos processos de industrialização, não sendo vendido a revendedores comerciantes, varejistas ou atacadistas, de tintas, não ocorrendo, dessa forma, uma posterior operação subsequente de comercialização desses produtos, por se tratarem de tintas especiais.”* Cita o §7º do artigo 150 da Constituição da República e o artigo 128 do CTN, e discorre acerca do instituto da substituição tributária.

Indaga: *“Se o fato gerador presumido não ocorre, tendo em vista que as mercadorias adquiridas pelos clientes arrolados pelo recorrente destinaram-se ao seu uso e consumo, como atribuir responsabilidade à Autuada ao recolhimento do ICMS por antecipação?”* Em seguida aduz que *“Por esse motivo, tais produtos não se sujeitam às regras de cálculo e recolhimento do ICMS/ST, devendo ser anulado o Auto de Infração também no que pertine a essa acusação.”*

O Recorrente conclui pedindo a reforma e a anulação do Acórdão de primeiro grau, a realização de perícia, reapreciação das provas, comparação das notas fiscais juntadas com o demonstrativo eletrônico entregue pela fiscalização, realização de diligência e determinação de apresentação de outros documentos para possibilitar a correta compreensão dos fatos por este Conselho; anulação do Auto de Infração, extinção do crédito tributário lançado no Auto de Infração.

A PGE/Profis, por intermédio da Procuradora Maria José Ramos Coelho, pronuncia-se às fls. 659 e 650 sugerindo o encaminhamento do processo em Diligência à ASTEC/CONSEF em razão do quanto alegado pelo sujeito passivo e da busca da verdade material, para que fosse esclarecida a origem dos montantes levantados, apuração da base de cálculo, análise das peculiaridades das

vendas de “kits” efetivadas pelo contribuinte e repercussão no levantamento quantitativo levado a efeito pelo Fisco.

Esta 2ª CJF, à fl. 652, em sessão de pauta suplementar unanimemente decidiu pelo não encaminhamento da diligência sugerida, e sim pela devolução do processo para emissão de Parecer jurídico definitivo pela PGE/PROFIS, tendo em vista que o contribuinte não trouxe novos documentos, aos autos, quando de seu Recurso Voluntário; os códigos de produtos que o Recorrente discrimina às fls. 627, 632 e 636 dos autos, em seu Recurso Voluntário, não fazem parte do rol de códigos de produtos dos demonstrativos fiscais do levantamento fiscal realizado, conforme se constata da análise dos mesmos, em especial dos demonstrativos fiscais de fls. 09 a 26 dos autos, pelo que as assertivas recursais a respeito não se aplicam à autuação ora em julgamento; a apuração da base de cálculo está demonstrada nas planilhas do Fisco; o sujeito passivo, antes da realização do roteiro de auditoria com base nos seus arquivos magnéticos, livros e documentos fiscais (Termo de Intimação à fl. 08), fora intimado para apresentar ao Fisco e, em seguida, para regularizar dados de seus arquivos magnéticos, com a concessão do prazo regulamentar de 30 dias, conforme comprovam os documentos de fls. 05 e 06; os dados do processo são suficientes para a formação do convencimento para efeito decisório.

À fl. 653 consta Despacho da Coordenação Administrativa deste Conselho reencaminhando o processo a esta Relatora, para instrução e julgamento, citando a alteração procedida no RPAF/99, referente ao artigo 16, III, do Decreto 14.053, de 16/06/2012.

Diante da modificação da legislação pertinente ao processo administrativo fiscal neste Estado, o PAF foi encaminhado para julgamento.

Em assentada de julgamento, presente a Procuradora Maria José Ramos Coelho, que se havia pronuncia-se às fls. 659 e 650 sugerindo o encaminhamento do processo em Diligência à ASTEC/CONSEF em razão do quanto alegado pelo sujeito passivo, pronunciou-se após a leitura do Relatório aduzindo concordar quanto à desnecessidade da realização de diligência, face a tudo quanto exposto na Decisão de pauta suplementar desta 2ª CJF, já constante à fl. 652 dos autos deste processo, consoante já exposto neste mesmo Relatório. Opinou no sentido do Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância no que tange às infrações imputadas.

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício verifico que, tal como já devidamente apreciado no julgamento de primeira instância, estão presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99. O contribuinte não prova sua alegação recursal quanto a que teria recebido, do Fisco, demonstrativo fiscal, em mídia, diverso daquele que foi acostado aos autos deste processo. Muito em contrário, os documentos de fls. 02, 05, 08, 17, 26, 42, 111, 134, 165, 171, 174, e 176 comprovam a entrega, ao sujeito passivo, tanto de seus livros e documentos fiscais arrecadados para efeito de realização da ação fiscal, quanto da cópia do Auto de Infração e dos demonstrativos juntados pelo preposto fiscal aos autos deste processo.

Ademais ficou evidenciado, tanto da impugnação ao lançamento de ofício, quanto do teor do Recurso Voluntário, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo comprovadamente, conforme já citado neste voto, recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa e, inclusive, se pronunciado quanto ao mérito neste processo.

Em relação ao Acórdão de primeiro grau, este aborda todos os itens questionados pelo sujeito passivo, estando fundamentada a Decisão, pelo que inexistente dado que o inquiere de nulidade. Restam todas as arguições de nulidade rejeitadas.

No quanto pertinente às multas aplicadas assinalo que estas, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mais especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II, também do COTEB, com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Ainda preliminarmente, observo que o contribuinte, alegando existir a necessidade de perícia, a requer. Contudo, descumprindo o quanto previsto no artigo 145 do RPAF/99, ao pedir a realização de perícia não formula quesitos a serem respondidos. Assinalo, ainda, que a realização da mencionada perícia é desnecessária em razão de que os documentos constantes nestes autos são suficientes para a formação de meu convencimento, considerando, inclusive, que a apuração dos valores lançados de ofício deu-se a partir dos dados da documentação exibida ao Fisco pelo sujeito passivo, conforme abordarei mais detalhadamente na análise de mérito. Pedido de perícia indeferido nos termos dos artigos 145, parágrafo único, e 147, inciso II, alínea “a”, ambos do RPAF/99.

Ainda preliminarmente, indefiro o pedido de realização de diligência, nos termos do artigo 147, inciso I, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, não merece reparo a Decisão recorrida.

Observo que o contribuinte, na longa peça processual que apresenta em sede de Recurso Voluntário, circunscreve-se a trazer repetidas alegações sem as devidas provas, além de tecer argumentações contraditórias, conforme será analisado neste voto.

O Laudo Técnico colacionado à impugnação originária pelo sujeito passivo, fls. 500 a 503/verso dos autos, conquanto liste produtos e suas características, nada traz de objetivo que tenha relação com o fulcro da autuação.

Assim, a Infração 1 trata de 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, as saídas tributáveis omitidas.

Verifico que o contribuinte não trouxe novos documentos, aos autos, quando de seu Recurso Voluntário, e os códigos de produtos que discrimina às fls. 627, 632 e 636 dos autos, na mesma peça, não fazem parte do rol de códigos de produtos dos demonstrativos fiscais do levantamento fiscal realizado, conforme se constata da análise dos mesmos, em especial dos demonstrativos fiscais de fls. 09 a 26 dos autos, pelo que as assertivas recursais a respeito não se aplicam à autuação ora em julgamento.

A apuração da base de cálculo está demonstrada nas planilhas do Fisco, e o contribuinte não aponta dados numéricos que se contraponham ao extenso e minucioso trabalho desenvolvido na ação fiscal, limitando-se a citar dois produtos e exemplos como “Durepox”, e mercadorias que identifica como “A”, “B”, “C”, “D”, e “Kits”, ou seja, denominações sem relação objetiva com o demonstrativo fiscal constante nos autos deste processo.

Observo que o sujeito passivo, antes da realização do roteiro de auditoria com base nos seus arquivos magnéticos, livros e documentos fiscais (Termo de Intimação à fl. 08), fora intimado para apresentar ao Fisco e, em seguida, para regularizar dados de seus arquivos magnéticos, com a concessão do prazo regulamentar de trinta dias, conforme comprovam os documentos de fls. 05 e 06. A responsabilidade pela exatidão dos dados que informa ao poder público nos seus arquivos



magnéticos do Sistema Integrado de Informações sobre Operações Interestaduais com Mercadorias e Serviços - SINTEGRA é do contribuinte, sistema de controle informatizado este instituído nacionalmente pelo Convênio Confaz ICMS 57/95, ratificado nacionalmente em 19/07/95 pelo Ato COTEPE-ICMS 05/95, pelo que decorridos dezessete anos desde a implantação de tal forma de controle pelo Poder Público não se justifica, mesmo em rasa análise, que o contribuinte, dentro da experiência que relata ter acumulado em 140 anos de funcionamento, não tenha condição de cumprir a obrigação acessória ali preconizada para os contribuintes do ICMS em âmbito nacional. Portanto, ao contrário do quanto alegado pelo contribuinte, é de inteira responsabilidade do contribuinte toda e qualquer consequência jurídica que decorra de ele, sujeito passivo, porventura indicar de forma incorreta o Código Fiscal de Operações – CFOP nos documentos fiscais que emita, não sendo admissível invocar possível erro por si cometido como se fora dado a seu favor. Contudo, nos autos deste processo o contribuinte sequer prova que se teria equivocado ao indicar os CFOPs em suas notas fiscais.

O Fisco, seguindo roteiro regular de auditoria, corretamente intimou o contribuinte a apresentar seus arquivos magnéticos, solicitou que corrigisse as inconsistências, e então realizou o levantamento quantitativo de estoque com base nos dados informados pelo contribuinte, utilizando para tanto o aplicativo criado por esta SEFAZ para este roteiro de verificação fiscal.

Obviamente, cabe ao contribuinte manter o seu controle da movimentação de entradas e de saídas de mercadorias sob códigos que possibilitem a verificação da regularidade das operações comerciais que execute, e não o inverso. Se o contribuinte, no exercício regular de sua atividade comercial, ou mesmo industrial, decida criar “kits” para vendas a seus compradores, sejam eles as empresas já listadas nos demonstrativos fiscais e na informação fiscal, ou mesmo consumidores finais conforme alega o sujeito passivo, e concomitantemente não fornece dados, ao Poder Público, que viabilizem a verificação da regularidade da circulação de mercadorias que promova, e do conseqüente recolhimento regular de imposto, não lhe assiste razão ao tentar usar esta situação para alegar algum possível erro na ação fiscal. Contudo, sequer em relação aos produtos que alega comporem “kits” o contribuinte diz quais seriam os dados numéricos que estariam incorretos no levantamento fiscal que recebeu.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado em 24/03/2011, e o sujeito passivo do mesmo teve ciência em 25/03/2011. Decorridos mais de doze meses desde então, houve lapso temporal razoável para, analisando todo o levantamento fiscal que lhe foi então entregue, até mesmo refazer o levantamento quantitativo de estoque e trazer, mesmo nesta sessão de julgamento, dados numéricos, acompanhados da documentação fiscal pertinente, que provassem qualquer equívoco no levantamento fiscal, o que ora não se configura.

Igualmente não assiste razão ao contribuinte quando pretende que o Fisco refaça qualquer análise, baseado nas citações defensivas quanto a que existem “kits”, e que em alguns destes “kits” as mercadorias que ingressaram em seu estabelecimento com uma denominação e código tenham saído com outra denominação e código, sem indicar qual seria a repercussão exata desta sua assertiva no levantamento com dados exatos que lhe foi apresentado pelo Fisco. O lançamento fiscal deve primar pela exatidão de dados, e o mesmo se deve dar quando da apresentação de contestação a este lançamento de ofício, ou seja, também deve primar pela objetividade.

Ademais, embora no Recurso Voluntário que apresenta o contribuinte reconheça a possibilidade de existência de erros em seus arquivos magnéticos, erros este que diz poderiam ser atinentes aos Códigos de Operação Fiscal constantes em suas notas fiscais, não corrigiu seus possíveis equívocos para possibilitar ao Fisco a retificação de qualquer dado, eis que o contribuinte sequer menciona, com clareza, a que operações de saídas exatamente se referem.

Assim, voto pela manutenção da Decisão de primeiro grau em relação à Infração 1.

A Infração 2, por seu turno, refere-se à falta de retenção e do conseqüente recolhimento do ICMS no valor R\$30.656,37, 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 no exercício fechado de 2006.

O contribuinte alega só vender para consumidor final, fala que tais consumidores finais estariam adquirindo as tintas que comercializa como “insumos”, e ao mesmo tempo diz que não se trata de operações que se destinem a outra operação comercial posterior.

É preciso esclarecer que a palavra “insumo”, mesmo em definição simples, configura-se como bem, ou serviço, utilizado na produção de algum outro bem, ou serviço. Assim, também em conceito amplo insumo é a combinação de fatores de produção de bens ou serviços. Portanto, um consumidor final não adquire insumos, porque não produz bens, e nem serviços. O consumidor final adquire mercadorias, ou serviços, para seu uso, consumo.

Ademais, conforme comprovado no levantamento fiscal, o contribuinte também vende para outros estabelecimentos comerciais, a exemplo dos contribuintes com razão social Blue Tintas Ltda., C.M. Comercial Ltda., Costa Azul Comercial Ltda., Nova Era Comercial Ltda., Madeireira real Ltda., dentre diversos outros.

Uma vez que o sujeito passivo não comprovou ter sido recolhido o imposto anteriormente, encontra-se na situação de substituto tributário frente às operações de saídas internas, neste Estado, que realizar, a teor do artigo 353, II, item 16, do RICMS/BA. Por outro lado, tratando-se, como é a situação em foco, de operações realizadas sem a emissão de documentos fiscais, de toda sorte cabe ao contribuinte que realiza tais operações o devido recolhimento do imposto.

Por tudo quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para declarar mantida a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **295898.0002/11-7**, lavrado contra **SHERWIN – WILLIAMS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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 em redação vigente à época dos fatos geradores, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2012.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS