

**A. I. Nº** - 206948.0003/11-2  
**AUTUADO** - HIPERFERRO COMERCIAL DE AÇOS LTDA.  
**AUTUANTE** - MARCO AURÉLIO DUTRA DE REZENDE  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 14.03.2012

#### **4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

##### **ACÓRDÃO JJF Nº 0056-04/12**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entrada de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos decorrentes de operações de saída também não contabilizadas. Não comprovada a origem dos recursos. Infração caracterizada. b) RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provadas as aquisições sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo tributo devido por quem lhe vendeu sem a observância dos requisitos legais e, por conseguinte, sem prova de que o imposto foi pago (responsabilidade solidária). Infração caracterizada. c) ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. O contribuinte adquiriu mercadorias sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o ICMS sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de itens enquadrados no regime de substituição tributária. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO ICMS. Havendo mercadorias em estoque sem os correlatos comprovantes de retenção, somente se estas estiverem indubitavelmente sujeitas à substituição, o que se constata através das NCM/SH especificadas em Acordo Interestadual, ocorrerá a responsabilidade solidária do adquirente. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pleito de diligência ou perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.**

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/08/2011 e exige ICMS no valor histórico de R\$ 189.078,74, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo transcritas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saída não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de saídas anteriormente realizadas e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2010). Valor exigido de R\$ 12.348,00 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 – Falta de recolhimento do tributo, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, conseqüentemente, sem a respectiva escrituração das entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2010). Valor exigido de R\$ 109,72 e multa de 100%, prevista no art. 42, III da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela a título de crédito, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entradas sujeitas ao regime de substituição, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado (2010). Valor exigido de R\$ 38,40 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Infração 04 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, relativo ao ajuste de estoque de produtos incluídos no regime de substituição (data de ocorrência 01/01/2011 e data de vencimento 15/02/2011). Valor exigido de R\$ 176.582,62 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96.

Está dito que foram realizadas auditorias de estoque em 2010 (exercício fechado) e em 2011 (exercício aberto), tendo sido encontradas irregularidades apenas em 2010.

Dos 318 itens selecionados para o levantamento de estoques, 309 são tributados normalmente e 09 estão sujeitos ao regime de substituição, sendo que foram verificadas omissões de entrada de todos eles, dos quais 54 gozam do benefício de redução da base de cálculo, de tal forma que a carga tributária resulte em 12% (Convênio ICMS 33/1996 e art. 87, IV, RICMS/97).

A primeira infração relaciona-se com as 309 mercadorias tributadas de acordo com o regime normal (das quais 54 gozam do benefício de redução da base de cálculo, de modo que a carga tributária resulte em 12%).

As infrações 02 e 03 dizem respeito às omissões dos 09 itens sujeitos ao regime de substituição tributária, nas quais foram reclamados o ICMS normal (infração 02) e o substituído (infração 03, art. 10, I, “a” e “b” da Portaria 445/1998).

Os demonstrativos de débito foram todos entregues ao contribuinte em meio magnético, devido ao elevado número de folhas, tendo sido, no ato da ciência, abertos por seu preposto, mediante “recibo eletrônico com MD5 do authentication”.

A quarta e última infração decorreu da execução do roteiro de trabalho AUDIF 205 (auditoria da substituição e da antecipação tributária). Segundo o auditor fiscal autuante, o contribuinte possuía nos estoques, em 31/12/2010, 1.170 itens, conforme discriminado às fls. 76 a 100, e, considerando os mesmos, com base no art. 3º do Decreto 12.470/2010, elaborou e apresentou ao fisco um demonstrativo de débito de ICMS substituição tributária, do qual constam 329 mercadorias, que restaram incluídas no citado regime em 01/01/2011, 32 das quais com benefício de redução de base de cálculo, de maneira que a carga tributária resulte em 12% (Convênio 33/1996, fls. 101 a 105). Ocorre que, dentre as 1.170, existiam ainda mais 355 que passaram a se sujeitar à substituição tributária no dia 01/01/2011. Por isso, foi elaborado um demonstrativo de débito tomando tais produtos, não considerados na apuração original de ajuste da sociedade empresária – 96 dos quais com a redução de base de cálculo já mencionada, entregue em papel (fls. 106 a 124) e em mídia eletrônica (CD).

O autuado ingressa com impugnação às fls. 132 a 136.

Aduz que no atual mercado varejista de ferragens e ferramentas, nos ramos metal-mecânico, acessórios e, dentre outros, no da construção civil, tendo como principais fornecedores os GRUPOS GERDAU, ARCELORMITTAL e CSN.

Defendendo-se das infrações 01, 02 e 03, assevera que as mesmas foram apuradas equivocadamente, com base nos arquivos magnéticos do SINTEGRA. Tal equívoco consistiu no fato de o autuante, ao analisar o registro 60R (resumo mensal por item de mercadoria no cupom fiscal), considerou como efetivadas, vendas, que na verdade foram canceladas, conforme tabela de fl. 133. Junta ao processo, no documento 01, “Demonstrativo de Registros 60R “CANC””, o qual, conforme afirma, relaciona e compara os referidos registros às quantidades erroneamente autuadas (fls. 141 a 161).

Com relação à quarta infração, diz que a mesma agride o seu direito de defesa, posto que arbitrária e com demonstrativo sem fundamentação no art. 353, II do RICMS/97 (fls. 106 a 121). Verifica, ainda, que os códigos NCM/SH gravados no mesmo não guardam correspondência com aqueles dos Protocolos ICMS 104/2009 e 26/2010, situação contrastante com o quanto exposto no Parecer 02895/2011, de 14/02/2011 (fl. 134).

No documento 02 (fls. 162 a 172), colaciona planilha comparativa dos itens – com os seus respectivos NCM/SH constantes dos Anexos dos Protocolos ICMS 104/2009 e 26/2010 – especificando aqueles “arbitrados” pelo autuante.

Reconhece o dever de recolher o imposto concernente a 06 itens, cujos códigos internos (da sociedade) são 024200, 024201, 025000, 025001, 026000 e 027000, descritos à fl. 135. Os mesmos foram introduzidos no regime de substituição tributária através do Decreto 12.537, de 30/12/2010, publicado no Diário Oficial de 31/12/2010, com efeitos a partir de 01/01/2011, “arrepando o prazo de vigência de legislação tributária”, o que prejudicou sua adaptação às novas condições. Afirma ter recolhido espontaneamente a quantia cobrada, acrescida de juros de mora e multa (documento 03, verso da fl. 173, com data de pagamento 15/09/2011), pelo que entende não ser pertinente a aplicação de penalidade.

Requer notificação dos atos processuais, abertura de prazo para pronunciamento, juntada de documentos, acompanhamento de perito ou assistente técnico, oralidade nas sessões de julgamento, nulidade ou improcedência da autuação.

Na informação fiscal, de fls. 192 a 196, o autuante assinala que o imposto é exigido por presunção legal, e que neste caso o ônus da prova fica invertido, cabendo ao sujeito passivo trazer ao processo elementos desconstitutivos do direito do fisco de lançar.

Relativamente às infrações 01, 02 e 03, argumenta que o contribuinte não apresentou, seja em originais, seja em cópias, os cupons fiscais supostamente cancelados, em razão de que mantém o lançamento na sua totalidade.

Quanto à quarta infração, repete o que já havia dito no corpo da peça inicial, esclarecendo que a lista de produtos do Anexo Único do Protocolo ICMS 104/2009 não é exaustiva. Por exemplo, aqueles de números 16, 25, 28, 29, 32, 33, 35, 37, 42, 42.1, 56, 64, 70, 76, 80 e 81 possuem natureza genérica, enquanto os de números 82, 85 e 89 admitem identificação por semelhança, consoante planilha de fl. 193.

Afirma que todos os itens considerados no demonstrativo de fls. 106 a 121 constavam do estoque do estabelecimento no dia 31/12/2010 (fls. 76 a 100), e não foram computados pelo mesmo no seu Demonstrativo de Ajuste de Estoques (fls. 101 a 105). Além disso, destinam-se ao uso na construção civil e encontram-se previstos no Protocolo ICMS 104/2009, insertos no regime de substituição tributária a partir de 01/01/2011.

A seu ver, o presente caso não tem relação com o analisado no Parecer DITRI 02895, de 14/02/2011, já que o consultante era microempresa, optante do Simples Nacional e do ramo de fabricação de

estruturas pré-moldadas de concreto armado (indústria), enquanto o autuado desenvolve comércio varejista.

Traz, às fls. 194/195, uma série de itens com os seus respectivos códigos, que o sujeito passivo teria deixado de consignar no documento de fls. 101 a 105. Alega que, por ser o autuado do ramo de comércio varejista, não usa a codificação NCM/SH nas suas notas fiscais de venda, e não tem a obrigação de informar os registros 75 nos arquivos magnéticos do SINTEGRA, já que não é contribuinte do IPI. Conforme planilhas de fl. 194, o estabelecimento considerou algumas mercadorias no Demonstrativo de Ajuste, mas olvidou-se de registrar outras semelhantes (“outros aços”).

Por fim, conclui mantendo na íntegra a infração 04.

## VOTO

Não possui amparo fático ou jurídico o argumento relativo aos pressupostos de validade do procedimento fiscal, pois o autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descrevendo no corpo da peça inicial os ilícitos tributários constatados, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicando o embasamento jurídico.

Igualmente, não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Portanto, fica rejeitada a preliminar de nulidade.

Os autos encontram-se devidamente instruídos, não existindo omissões, obscuridades ou contradições que ensejem a necessidade de esclarecimento técnico. Por isso, indefiro o pedido de diligência fiscal ou perícia.

Este processo é regido pelo RPAF/99 (Decreto 7.629/1999), cujos artigos 22 a 24 tratam dos prazos pertinentes. Por seu turno, o art. 108 dispõe sobre a forma de intimação ou notificação do sujeito passivo e o art. 163 trata da faculdade de sustentação oral na sessão de julgamento. O art. 123, § 5º prevê os momentos nos quais devem ser apresentadas as provas documentais.

No mérito das infrações 01, 02 e 03, o contribuinte sustentou a sua defesa no suposto fato de o autuante, na análise do registro 60R (resumo mensal por item de mercadoria no cupom fiscal), ter considerado como efetivadas vendas canceladas, conforme tabela de fl. 133 e “Demonstrativo de Registros 60R “CANC”” (fls. 141 a 161).

O art. 123 do RPAF/99 assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do lançamento, aduzida por escrito e acompanhada das provas que possuir, inclusive documentos referentes às suas alegações.

Já o art. 143 do mesmo Regulamento estatui que a mera negativa do cometimento da infração não desonera o autuado do ônus de elidir a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo.

Verifico que a planilha de fls. 141 a 161 não tem valor de prova. O impugnante teve oportunidade de apresentar os cupons fiscais supostamente cancelados, mas não o fez. Esses sim seriam os documentos revestidos de legitimidade legal, capazes de demonstrar a veracidade das alegações defensivas e afastar (total ou parcialmente) a pretensão do fisco, de acordo com o art. 210, § 3º do RICMS/97.

A diferença das quantidades de entrada de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizá-las, efetuou os pagamentos das mesmas com recursos decorrentes de operações de saída também não contabilizadas. Não comprovada a origem dos recursos (infração 01).

Provadas as aquisições sem documentação fiscal. Assim ocorrendo, o adquirente assume a

responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu sem a observância dos requisitos legais e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária, infração 02).

O contribuinte adquiriu mercadorias sem documentos fiscais, sendo, portanto, devido o imposto sobre o valor acrescido (antecipação tributária), haja vista tratar-se de itens enquadrados no regime de substituição (infração 03).

Caracterizadas as infrações 01, 02 e 03.

No tocante à quarta e última infração, inicialmente, cabe registrar que o verso do documento de arrecadação estadual de fl. 173 demonstra que o pagamento ocorreu no dia 15/09/2011, mais de dois meses após o início da ação fiscal, que se deu no dia 01/07/2011 (fl. 07). Portanto, o recolhimento não é espontâneo e não afasta a multa. Neste julgamento, no que pertine aos fatos aqui analisados, não é possível exarar juízo de valor acerca do mencionado DAE, em função de não existir referências no mesmo a números de notas fiscais.

Pode o autuado, caso deseje, peticionar à INFAZ VAREJO no sentido de que o valor recolhido (R\$ 5.989,93 + R\$ 1.003,12, no total de R\$ 6.993,05), após as verificações necessárias, sejam homologados no pagamento do Auto de Infração em exame.

O Protocolo ICMS 104, de 10 de agosto de 2009, dispôs sobre a substituição tributária nas operações com materiais de construção, acabamento, bricolagem ou adorno. De acordo com a sua cláusula primeira, nas operações interestaduais com as mercadorias listadas no Anexo Único, com a respectiva classificação na NCM/SH, destinadas ao Estado da Bahia ou ao Estado de São Paulo, fica atribuída ao estabelecimento remetente, na qualidade de sujeito passivo por substituição, a responsabilidade pela retenção e recolhimento do ICMS relativo às operações posteriores.

Havendo mercadorias em estoque sem os correlatos comprovantes de retenção, somente se estas estiverem indubitavelmente sujeitas à substituição, o que se constata através das NCM/SH especificadas no citado Acordo Interestadual, ocorrerá a responsabilidade solidária do adquirente.

No que tange aos produtos que o sujeito passivo designou no seu Levantamento de Ajuste, cujos assemelhados foram esquecidos segundo a autoridade fiscal, como o AÇO CA-25 25,00 MM 1", código 032500, NCM/SH 72149910, fls. 106 e 76, concluo que a exigência deve ser afastada. Isso porque, tanto no Protocolo (item 54) quanto no documento de fl. 101, a NCM/SH especificada é a 72142000, cujas descrições contém a palavra "BARRA", o que não se verifica no levantamento do autuante, por exemplo, à fl. 106.

Ao compulsar os autos, observo que, com a exceção abaixo exposta, nenhuma das NCM/SH listadas pelo autuante no seu levantamento, de fls. 106 a 121, guarda correspondência com aquelas do Protocolo ICMS 104/2009, tampouco com os itens do art. 353, II do RICMS/97.

Assim é, por exemplo, com o AÇO CA 25 12,5 MM ½" (fl. 106, NCM/SH 72149910), BARRA CHATA 1/8" X 2" 03,18 X 50,80 (fl. 108, NCM/SH 72149100), BOBINA DE ALUM 70CM (fl. 110, NCM/SH 76061190), MÁSCARA RESPIRADORA (fl. 114, NCM/SH 63079010), REBITE DE REPUXO ALUM 525 (fl. 115, NCM/SH 83082000), entre outros.

As exceções, reconhecidas pelo impugnante, são os produtos de códigos internos (do estabelecimento) 024200, 024201, 025000, 025001, 026000 e 027000, descritos à fl. 135 e levantados pelo auditor fiscal às fls. 107 e 121, cujo ICMS lançado perfaz a quantia de R\$ 5.989,93. Isso porque o Decreto 12.357, de 30/12/2010, introduziu no item 40.4 do art. 353, II do RICMS/97, a partir de 01/01/2011, a mercadoria designada pela expressão "VERGALHÕES", com NCM/SH 7213.

Infração 04 parcialmente elidida, de R\$ 176.582,62 para R\$ 5.989,93.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 18.486,05.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0003/11-2**, lavrado contra **HIPERFERRO COMERCIAL DE AÇOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 18.486,05**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 12.457,72, e de 60% sobre R\$ 6.028,33, prevista no art. 42, III e II, “d” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de março de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR