

**A. I. Nº** - 298921.0002/13-1  
**AUTUADO** - HSJ COMERCIAL S/A. (H. STERN)  
**AUTUANTE** - ARI SILVA COSTA  
**ORIGEM** - INFAZ VAREJO  
**INTERNET** - 23.04.2014

#### **6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0028-06/14**

**EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Infração não elidida. **b) SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** Constatando-se num mesmo exercício, diferenças tanto de saídas como de entradas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. No caso, as saídas. Infração comprovada. **2. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO INDEVIDO NO RAICMS.** Lançados valores no RAICMS sob o título “apropriação crédito venda ativo e uso consumo”, sem a apresentação de documentos competentes que justifiquem o lançamento. Infração procedente. **b) UTILIZAÇÃO ANTECIPADA DE CRÉDITO FISCAL.** Restou comprovado que as mercadorias ingressaram no estabelecimento em meses posteriores aos que foram registrados os créditos no RAICMS. Infração não elidida. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. MULTA PERCENTUAL DE 60% SOBRE O IMPOSTO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Uma vez comprovado a tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do ICMS não antecipado. Infração comprovada. **4. DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO.** Infração comprovada. **5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. MULTAS. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS.** Comprovado o descumprimento da obrigação acessória. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de decadência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 07/06/2013, exige ICMS no valor de R\$73.922,41, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo

- lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Valor Histórico: R\$4.892,35 – Multa de 100%;
2. Falta de recolhimento do imposto relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Valor Histórico: R\$17.813,39 – Multa de 70%;
  3. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS - creditado indevidamente - referente a bens do ativo imobilizado que tenham sido alienados antes de decorrido o prazo de 4 anos, contados da data de sua aquisição, conforme os exercícios de 2008 e 2009 apurado conforme demonstrativo (anexo 03). Valor Histórico: R\$10.189,11 – Multa de 100%;
  4. Utilizou antecipadamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadoria(s) cuja(s) entrada(s), no estabelecimento, ocorreu(ram) em data posterior à da utilização do crédito fiscal - Com Repercussão na Obrigação Tributária Principal, conforme exercício de 2009 lançamos esta infração conforme demonstrativo (anexo 4). Valor Histórico: R\$13.623,22 – Multa de 60%;
  5. Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, conforme apuração nos exercícios de 2008, 2009 e 2010. Uma das irregularidades é que o IPI não fez parte da Base de Cálculo da Antecipação Parcial. A outra foi a aplicação da alíquota indevida. Demonstrativos no Anexo 5. Valor Histórico: R\$26.804,34 – Multa de 60%;
  6. Deixou de escriturar Livro(s) Fiscal(is), conforme falta de escrituração do livro CIAP (CONTROLE INTERNO DO ATIVO PERMANENTE) nos exercícios de 2008 e 2009. Multa Fixa: R\$460,00;
  7. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através do DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS). Multa Fixa: R\$140,00;

O autuado apresenta defesa, fls. 138/142, inicialmente, suscita a preliminar de decadência, observada pela simples leitura do auto de infração o qual exige o pagamento de ICMS cuja data de ocorrência foi anterior a junho de 2008, isto é, período em que já se operou a decadência para constituição do crédito tributário, na medida em que o presente Auto de Infração foi lançado no dia 26.06.13.

Destaca que o crédito tributário se extingue após 05 (cinco) anos a contar do fato gerador, nos casos de lançamento por homologação, conforme o art. 150, § 4º do CTN.

Com relação à suposta falta de recolhimento do imposto em operações de saída, apurado mediante levantamento de estoque, observa-se que a divergência encontrada pela i. autoridade fiscal se deve pelo fato de que, em alguns casos, foi desconsiderado o estoque inicial e em outras situações, as próprias operações de saídas. Pugna pela realização de diligência para nova verificação fiscal dos documentos comprobatórios.

Quanto ao suposto estorno do crédito de ICMS, esclarece que não se apropriou do crédito referente à aquisição de ativo mobilizado, pois tais produtos destinavam-se à montagem de vitrines, o que ocorre a cada mudança de coleção, e são encaminhados com suspensão de ICMS, posteriormente são devolvidos à matriz, remetente. Contudo, tendo em vista que estes produtos foram retidos em barreira fiscal no Estado, na medida em que o cadastro da empresa estava irregular, a Impugnante se viu obrigada a recolher o ICMS antecipado para conseguir a liberação dos produtos o mais rápido possível, de forma a atender ao cronograma de montagem das vitrines, pois existe uma uniformidade em todas os estabelecimentos da Impugnante, a nível nacional.

Desta forma, afirma que não houve aproveitamento do crédito decorrente de aquisição de mercadoria do ativo imobilizado.

No que se refere ao suposto aproveitamento do ICMS de forma antecipada, esclarece que isto não ocorreu, uma vez que o crédito foi devidamente apurado considerando exatamente as operações realizadas em cada um desses meses. Porém, não obstante a apuração ter sido realizada nos meses de setembro a dezembro de 2009, a nota fiscal que registrou a transferência do crédito foi emitida nos primeiros dias úteis do mês subsequente em cada período de apuração.

Outrossim, a emissão da nota fiscal diz respeito apenas ao cumprimento de uma obrigação acessória que formaliza o lançamento do crédito, mas a sua apuração, sem dúvida, foi realizada no mês anterior, competente.

No que tange ao suposto equívoco em incluir na base de cálculo do ICMS da antecipação parcial, o valor do IPI incidente sobre a mercadoria, observa-se que a empresa remetente é contribuinte do IPI, na medida em que se trata de indústria, MAS O ADQUIRENTE DAS MERCADORIAS, EMPRESA ORA IMPUGNANTE, NÃO É CONTRIBUINTE DO IPI, POIS EXERCE EXCLUSIVAMENTE O COMÉRCIO VAREJISTA.

Dessa forma, para a Impugnante, o IPI integra o custo da mercadoria, razão pela qual está correta a apuração do ICMS por antecipação parcial, a qual incluiu na base de cálculo do tributo, o valor destacado a título de IPI.

Requer que na presente impugnação seja reconhecida a decadência relativa a todo lançamento cuja data de ocorrência é anterior ao dia 26.07.2008, e quanto às demais infrações, sejam julgadas totalmente improcedentes.

Reitera o pedido de diligência, em razão do grande volume de documentos, embora já tenham sido apresentado à fiscalização. Protesta, desde já, pela apresentação de prova documental suplementar e pericial, acaso necessário.

Requer, ainda, que as futuros intimações e publicações sejam realizadas em nome da subscritora da presente, estabelecida na Rua Garcia D'Ávila, no 113, 8º andar, Ipanema. Rio de Janeiro - Cep: 22.421-010, sob pena de nulidade.

Na informação fiscal, fls. 154/156, inicialmente, informa que não foi apresentado qualquer demonstrativo ou documentos fiscais, e reafirma a procedência do lançamento.

Aduz que a alegação de decadência não procede e mantém a autuação relativa do exercício de 2008.

Quanto ao levantamento de estoques, afirma que foram considerados todos os estoques iniciais e finais das mercadorias. Só que várias mercadorias tinham estoques iniciais e finais zerados, ou seja, não apareciam nos livros Registro de Inventário (folhas 78 a 121). Nas operações de saídas não apareciam, pois as mercadorias saíam sem Notas Fiscais. Motivo de lançamento das infrações 1 e 2, sendo procedentes esta imputações.

Ressalta que não há motivo para diligência fiscal, pois as infrações são claras com demonstrativos corretos e transparentes, determinam os valores exatos, a base de cálculo e o cálculo do ICMS, sendo, portanto, óbvio os lançamentos que o autuado não apresenta quaisquer demonstrativos para contrarrazoar os trabalhos.

Mantém a infração 3, que entende ser clara: *"o Demonstrativo do Anexo 03 e as cópias do Registro de Apuração da autuada( folhas 61 a 67) provam o fato jurídico"*. Portanto procedente a infração.

Na infração 4, em relação ao crédito antecipado, informa que é outro crédito indevido utilizado pelo contribuinte, pois consoante o Anexo 04 e as cópias do Registro de Apuração, (folhas 67 a 71), sendo que o autuado não deveria questionar e sim verificar seu RAICMS. Mantém a infração.

No que pertine à antecipação parcial, afirma que não irá se ater a afirmações infundadas, pois o contribuinte é obrigado a conhecer a Legislação do ICMS. O IPI faz parte da base de cálculo da Antecipação Parcial. Não há o que discutir. Também a infração é procedente.

Conclui que pelas informações prestadas, totalmente elucidativas e transparentes, o autuado procura argumentos descabidos como a decadência, não interpreta a legislação do ICMS corretamente (principalmente o Convênio ICMS 100/97) e utiliza argumentos insubsistentes, pífios e irrelevantes.

A final, pede pela Procedência do Auto de Infração.

O contribuinte foi intimado, consoante documento de fl. 165, a apresentar cópia do arquivo magnético em texto editável, word, (cd), da defesa e atendeu ao requerido, consoante fl. 177.

## VOTO

O autuado na defesa apresentada suscitou a decadência do direito de cobrança dos tributos cujo fatos geradores ocorreram no exercício de 2008, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado em 07/06/2013 e foi cientificado em 28/06/2013, sob o argumento de que é previsto o prazo de cinco anos para a formalização do crédito tributário dos tributos por homologação, conforme disposto no art. 150, § 4º do CTN.

Rejeito a preliminar de decadência suscitada tendo em vista que o lançamento de ofício foi realizado em 07/06/2013 e o art. 150, § 4º do CTN, estabelece que:

*Art. 150 – O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativo, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado expressamente a homologa.*

...

*§ 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

O art. 107-B da Lei nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia), que incorporou o art. 150 do CTN, no seu parágrafo 5º dispõe:

*Art. 107-B*

*§ 5º - Considera-se ocorrida a homologação tácita do lançamento e definitivamente extinto o crédito, após 5 (cinco) anos, contados a partir de 01 de janeiro do ano seguinte ao da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.*

Assim, a legislação tributária do Estado da Bahia fixa prazo à homologação do lançamento, não podendo ser argüida a determinação do art. 150, § 4º do CTN, que se aplica quando a lei do ente tributante não fixar prazo à homologação. Os créditos constituídos, objeto desse debate, foram relativos ao exercício de 2008, e só seriam desconstituídos se o lançamento tributário ocorresse a partir do dia 01/01/2014.

Ademais, nego o pedido de diligência a teor do art. 147, I e II do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), posto que considero suficientes os elementos constantes nos autos, para a formação de meu juízo de valor, na qualidade de relatora do presente PAF. Ademais, o sujeito passivo não colacionou à defesa qualquer documento vinculado à sua escrituração comercial que estejam em sua posse, para comprovar a ocorrência de supostos erros cometidos pela fiscalização durante a ação fiscal, e que pudessem desconstituir ou minimizar os valores do ICMS que estão sendo exigidos na presente autuação.

Observo que o Auto de Infração foi lavrado com a observância dos ditames legais, arts. 39, 40, 41 do RPAF/99, o contribuinte recebeu cópia inclusive dos demonstrativos, pelo que passo à análise do mérito das infrações.

A infração 1, resultou da Auditoria de Estoques, em exercício fechado, relativo ao ano de 2010, sendo exigido o valor das operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Os demonstrativos da infração estão anexos, fls. 45 a 48, e a Auditoria tomou por base os procedimentos ditados pela Portaria nº 445/98, relativos à Auditoria de Estoques.

Da mesma maneira procedeu o autuante com relação à infração 2, na qual está sendo exigido ICMS nos exercícios de 2008 e de 2009, nos quais restaram apontados o maior valor monetário sendo o das saídas tributáveis, razão desta infração, como determina o art. 13, I da Portaria nº 445/98. Os demonstrativos da infração estão nas fls. 49 a 60, cujas cópias foram entregues ao contribuinte.

Constatado que ao formular a sua peça de defesa o sujeito passivo não apontou qualquer fato nem trouxe aos autos, situações ou documentos fiscais, capazes de desconstituir as infrações referentes ao levantamento quantitativo de estoque de mercadorias tributáveis. Nesse caso, ficam mantidas as infrações 1 e 2 nos valores originariamente apontados no lançamento.

Na infração 3, a acusação refere-se à falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, referente a bens do ativo imobilizado que foram alienados antes do prazo de 04 anos contados da data de sua aquisição.

Consta no livro Registro de Apuração de ICMS, fls. 62 a 67, o lançamento “apropriação crédito venda ativo e uso consumo”, valores glosados pela fiscalização, conforme a prescrição contida nos arts. 12 e 17 do art. 93 do RICMS, e art. 389, § 2º do mesmo diploma regulamentar.

O contribuinte não trouxe aos autos qualquer documentação probante do suposto direito a tais créditos que estão lançados no livro Registro de Apuração de ICMS.

Infração procedente.

A infração 04 resultou da utilização antecipada de crédito fiscal de ICMS, referente a mercadorias cujas entradas no estabelecimento ocorreram em data posterior à da utilização do crédito fiscal, com repercussão na obrigação tributária principal.

O demonstrativo da infração encontra-se na fl. 68. Consta que no mês de setembro/2009, houve a transferência de saldo credor referente a Nota Fiscal nº 6450, de 05/10/20009, conf. Art. 114 do RICMS, no valor de R\$5.174,46. Da mesma forma, sucessivamente o auditor fiscal glosou os créditos lançados no RAICMS, de fls. 70/71, nos meses de outubro, novembro e dezembro de 2009.

Infere-se que o contribuinte utilizou-se de crédito fiscal, cujas notas fiscais foram emitidas em meses posteriores aos meses lançados no livro Registro de Apuração do ICMS. Na peça de defesa, consta apenas a negativa do cometimento da infração, sob o argumento de que o crédito foi devidamente apurado, considerando exatamente as operações realizadas em cada um desses meses, mas não é o que consta na escrituração do RAICMS.

Considerando que o sujeito passivo não comprovou o não cometimento da infração, e diante da documentação anexada pelo auditor fiscal, julgo-a procedente.

Na infração 5, foi aplicada a multa percentual sobre o ICMS que deveria ter sido pago por antecipação parcial, nos exercícios de 2008, 2009 e 2010. Consta que uma das irregularidades foi a não integração do IPI na base de cálculo da Antecipação Parcial.

Ocorre que o IPI integra a base de cálculo do ICMS, e embora não seja componente do valor da operação, deve ser somado ao preço da mercadoria no campo valor total da nota. É o que se infere do § 2º do art. 13 da Lei Complementar nº 87/96, que transcreve literalmente o que dispõe o art. 155, § 2º, inciso XI da Constituição Federal. Em princípio, segundo o § 1º, o IPI deve integrar a base de cálculo do ICMS porque seu valor é repassado ao adquirente da mercadoria. Somente não a integrará quando a operação entre contribuintes e relativa a produto destinado à industrialização ou à comercialização, configurar fato gerador de ambos os impostos.

A antecipação parcial incide sobre o valor total da nota, nos termos do art. 352-A do RICMS/97, seguindo o prescrito na Lei nº 7.014/96. A base de cálculo inclui o IPI, frete (se estiver na nota), bem como demais despesas acessórias que agreguem o valor do produto, a exemplo de seguro da mercadoria. Ou seja, a base de cálculo é composta de todos os itens que compõem o custo da mercadoria, o que representa o campo da nota fiscal denominado "**Valor Total da Nota**".

Dessa forma não assiste razão ao contribuinte, quando menciona que o IPI não compõe a base de cálculo da antecipação parcial.

O demonstrativo da infração está anexo nas fls. 72 a 77.

Também foi detectado que o sujeito passivo aplicou a alíquota incorreta para o cálculo da antecipação parcial, pois em razão de comercializar com jóias, a alíquota interna corresponde ao percentual de 27%. Infração procedente.

As infrações 6 e 7 não foram contestadas. Referem-se ao descumprimento de obrigações acessórias. Ficam mantidas.

Destaco que o patrono da empresa requereu que as futuras intimações e publicações sejam realizadas em nome da subscritora da presente defesa, estabelecida na Rua Garcia D'Ávila, no 113, 8º andar, Ipanema, Rio de Janeiro - CEP: 22.421-010, embora o não cumprimento da solicitação não enseje a decretação de nulidade, posto que tal hipótese não se encontra prevista no RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298921.0002/13-1**, lavrado contra **HSJ COMERCIAL S/A. (H. STERN)**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$46.518,07**, acrescido das multas de 60% sobre R\$23.812,33, 70% sobre R\$17.813,39 e 100% sobre R\$4.892,35, previstas no art. 42, incisos II, "f", VII, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$600,00** e por percentual de multa de 60% no valor de **R\$26.804,34**, previstas nos incisos II, "d", XV, "d" e XVIII, "c", do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 8.937/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2014.

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOÃO VICENTE COSTA NETO - JULGADOR