

A. I. Nº - 280080.0049/01-4
AUTUADO - BUAIZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO
AUTUANTE - FRANCISCO NOBRE DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 27.02.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0046-02/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. a) OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. As provas processuais constituem comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal e, consequentemente, sem recolhimento do imposto. Exigências subsistentes. 2. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. OPERAÇÕES INTERNAS E SUBSEQUENTES. a) FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. b) RETENÇÃO A MENOS. Mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária. Comprovadas as Infrações. 3. CRÉDITO FISCAL. a) UTILIZAÇÃO INDEVIDA. AUSÊNCIA DA 1ª VIA DO DOCUMENTO FISCAL. b) FALTA DE ESTORNO. SAÍDAS SUBSEQUENTES COM REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Infrações devidamente comprovadas. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTA. Infração não caracterizada. b) CARTA DE CORREÇÃO. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MULTA. Exigência subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/07/2001, exige o valor de R\$ 561.918,68, apurado através:

1. Da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 61.519,72, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas nos exercícios de 1997 e 1998, apurada através de levantamento quantitativo de estoque mensais, conforme documentos às fls. 15 a 395 do PAF;
2. Da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 43.320,22, relativo a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, sem emissão de documentos fiscais, nos exercícios de 1997 e 1998, apurada através de levantamento quantitativo de estoque mensais, conforme documentos às fls. 15 a 395 do PAF;
3. Da falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 73.823,68, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, apuradas através da presunção de omissão de saídas de mercadorias anterior, conforme fl. 397 do PAF;
4. Da falta de retenção e recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 82.061,89, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às vendas internas subsequentes, realizadas em dez/98 a dez/99, correspondente a utilização indevida de Regime Especial, conforme Pareceres GECOT 217/98, 1085/98 e 1239/98, consoante fls. 398 a 412 dos autos;

5. Da utilização indevida de crédito fiscal do ICMS através de via de notas fiscais que não a primeira, no valor de R\$ 2.092,39, inerente aos meses de jul/97 e abr/98 (fls. 413 a 418 do PAF);
6. Da multa de 10%, no valor de R\$ 5.223,51, sobre a entrada no estabelecimento de mercadorias, sujeitas a tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, relativas aos meses de fev., abr. e jun. de 1997 e jul. de 1998, conforme relatório CFAMT, às fls. 423-A a 432 dos autos;
7. Da multa de uma UPF/BA, no valor de R\$ 39,71, inerente a utilização indevida de Carta de Correção para alterar dados relativos ao imposto destacado em documentos fiscais, regularmente emitidos, no mês de junho/97, conforme documentos às fls. 420 a 423;
8. Da falta de estorno de crédito fiscal do ICMS, no valor de R\$ 261.758,48, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução da base de cálculo, inerente aos exercícios de 1998 a 2000, conforme anexo à fl. 434 dos autos;
9. Da retenção a menos do ICMS, no valor de R\$ 32.079,08, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, realizadas no mês de dezembro/97, correspondente a redução indevida da base de cálculo, deduzidas de valor cobrado em ação fiscal anterior.

O autuado, através de seu advogado legalmente constituído, apresenta impugnação ao lançamento do crédito tributário, às fls. 444 a 460, onde apresenta as seguintes razões de defesa:

1. Quanto as infrações 01, 02 e 03: aduz que a ação fiscal detectou omissão de entradas e de saídas, sendo que a de saída foi maior do que a suposta omissão de entradas, o que obrigatoriamente levaria à cobrança, apenas, do imposto relativo às operações de saída supostamente omitidas, conforme art. 60, II, “a”, e § 1º do RICMS/97, acrescido de multa de 70%, que, no caso, serviria exatamente para absorver a penalidade relativa à falta de escrituração de entradas, que também foi autuada. Cita Portaria 445/98 e acórdãos do CONSEF, neste sentido. Registra, também, como outro equívoco do levantamento, o fato do autuante se utilizar, mês a mês, de valores unitários das mercadorias, como se este pudesse ser, realmente, o “preço médio” a que se refere a legislação, a qual determina o preço praticado no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado. Assim entende que a cobrança a maior é indevida, bem como a insegurança do método utilizado para determinação da base de cálculo entesta com a legislação tributária. Por fim, ressalta que do valor consignado no livro Registro de Inventário consta uma relação de notas enviadas pela matriz para a filial, ao final do mês de janeiro, e que estavam em trânsito, as quais só foram registradas pela filial em fevereiro/97, o que acabou resultando em dupla tributação de uma mesma nota fiscal, do que faz juntada de alguns documentos para comprovar sua alegação, face o exíguo tempo para a sua impugnação, e pede revisão do levantamento, por entender que há evidências quanto à improcedência das acusações.
2. Infração 04: ressalta o recorrente que esta exigência refere-se a falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, nas vendas realizadas para contribuinte, neste Estado, que estavam amparados por Pareceres do Fisco, por entender o autuante que não se aplicavam ao autuado, na condição de distribuidor, desprezando os mencionados Pareceres, que previam a possibilidade de não submeter as indústrias compradoras de farinha de trigo à retenção do ICMS. Destaca o defendente que o estabelecimento autuado é filial exclusivo de farinha de trigo fornecida por sua Matriz, localizada no Espírito Santo, que faz moagem do trigo, do que entende que o estabelecimento filial sempre agiu como se indústria fosse, visto que a pessoa jurídica é uma só, incluindo-se dentre aqueles que poderiam remeter farinha de trigo, para as referidas empresa, sem ter que proceder à retenção do ICMS, mesmo sabendo que os Pareceres limitavam as aquisições apenas aos “moinhos locais”, uma vez que comercializa farinha de trigo de sua própria produção, só que a Matriz, localiza-se fisicamente em outro Estado da Federação. Cita art. 35, I do RICMS, como previsão desta equiparação e registra que o imposto ao final foi recolhido pelas indústrias adquirentes, não

havendo qualquer prejuízo para o Fisco com a operação, do que pede diligência junto aos destinatários.

3. Infração 05: ressalta que à época reproduziu em seu livro de Ocorrências comunicando o extravio de algumas notas fiscais, as mesmas arroladas pela ação fiscal. Afirma que os documentos existem e foram registrados com base em cópias autenticadas, do que pede revisão fiscal para comprovar sua alegação. Entende caber apenas a multa formal pela falta de comunicação à INFAZ, mas jamais ter o crédito anulado.
4. Infração 06: assevera que todos os documentos listados pelo autuante em seu Anexo VI, ou foram registrados ou não são notas fiscais para ele fornecidas, do que insere demonstrativo.
5. Infração 07: Reconhece como devida a multa quanto ao uso indevido de Carta de correção.
6. Infração 08: relativa a falta de estorno proporcional de crédito fiscal, inerente a mercadorias entradas no estabelecimento cujas saídas estavam amparadas por redução da base de cálculo (29,41%), conforme Protocolo ICMS 33/98. Enfatiza que o referido Protocolo não traz qualquer dispositivo que o obrigue a efetuar o exigido estorno proporcional, nem tão pouco o Protocolo ICM 02/72, o qual se refere, nem mesmo o Decreto 5.080/95, que é específico para tratar o assunto. Cita doutrina e jurisprudência que condena a restrição ao crédito, sob pena de comprometer toda a cadeia do imposto, transformando-o em cumulativo.
7. Infração 09: afirma o recorrente que esta infração é insegura e omissa, pois alega que está cobrando uma diferença (não alcançada pela fiscalização anterior), mas não explica o porquê desta diferença, limitando-se a colocar uma “base de cálculo” de R\$ 188.700,47, que é totalmente diferente da “base de cálculo” utilizada pela autuação anterior (R\$ 112.186,29), e que também não é a mesma da que o próprio autuante utiliza em seu Anexo III (R\$381.443,30), sendo totalmente insegura a metodologia adotada, do que reitera a revisão fiscal. Por fim, alega a exiguidade de tempo para apresentar suas provas e requer a dilatação do prazo, por mais de 60 dias, apenas para fazer a juntada de novos documentos.

O autuante, em sua informação fiscal, às fls. 498 a 503, após a análise dos argumentos e dos documentos apresentados pelo recorrente, expõe as seguintes razões:

1. Relativamente às infrações 01, 02 e 03 - que a autuação deu-se sempre em relação ao maior valor, onde em cada mês há diferença de entrada e de saída, sendo considerada a de maior valor e nunca as duas, do que apresenta quadro resumo das referidas diferenças mensais e do valor autuado, referente só a um evento. Quanto ao erro de procedimento apontado pelo defendente, afirma que o próprio contribuinte escriturou os valores e quantidades de seus estoques mensais no livro Registro de Inventário, os quais foram informados nas respectivas DMAs, do que as anexa à informação fiscal, informando tais valores ao fisco como oficiais, não existindo nenhum impedimento em considerá-los para efeito de se apurar a sua veracidade. Por fim, aduz que o defendente não apresentou qualquer demonstrativo que afaste a ação fiscal, nem mesmo considerando os exercícios na sua totalidade, como alega.
2. Relativo à infração 04, aduz que nenhuma dúvida subsiste à responsabilidade do autuado pela retenção e recolhimento do imposto, na condição de sujeito passivo por substituição e alienante, neste Estado, das mercadorias constantes no Anexo I da Lei nº 7.014/96, cuja impugnação baseia-se apenas em que comercializa farinha de trigo de sua própria produção, socorrendo-se de legislação estranha ao ICMS para se auto-equiparar a industrial e justificar a não retenção sobre as vendas efetuadas a seus clientes amparados por Regime Especial. Assevera que os Regimes Especiais concedidos são claros ao definirem *que o benefício do Regime Especial deverá se limitar às aquisições de farinha de trigo junto aos moinhos locais, inscritos no CAD-ICMS, sob Código de Atividade Econômica 26.02-22, minimizando, desse modo, o índice de perdas de arrecadação ao Estado e, possibilitando um controle efetivo quanto às aquisições da mercadoria, e subsequente saídas de biscoito da indústria*, conforme destaques às fls. 559 a 567 dos autos. Ressalta que o autuado está inscrito sob

código de atividade n. 5132-2/02 – Comércio Atacadista de Farinha, Amidos e Féculas e não sob código especificado nos Regimes Especiais. Por fim, entende não caber a diligência fiscal para apurar se os destinatários fizeram o correto recolhimento do imposto pelas saídas de seus produtos, já que o autuado, na condição de responsável, deixou de cumprir uma obrigação legal em relação ao imposto.

3. Relativo à infração 05, destaca que o próprio autuado confessa que utilizou-se de documento fiscal que não a primeira via, fazendo apenas um expediente interno de comunicação, em frontal desobediência ao disposto no inciso IX do art. 97 do RICMS/BA.
4. Relativo à infração 06, o autuante entende assistir razão ao contribuinte, sendo insubsistente a exigência fiscal.
5. Relativo à infração 08, destaca o mecanismo de débito e crédito do ICMS, em obediência ao instituto de não-cumulatividade, cujo mecanismo é amparado sempre que as operações subsequentes estão integralmente alcançadas pelo imposto, o que não ocorre, impondo-se o estorno de crédito quando, por qualquer motivo a subsequente saída não for totalmente ou parcialmente alcançada pelo imposto. Cita o artigo 100, inciso II, do RICMS/97.
6. Relativo à infração 09, admite que por um lapso de montagem não anexou o demonstrativo identificando todos os valores que originaram a diferença, o qual anexa à fl. 579 do PAF.

Intimado para tomar ciência da juntada de novos documentos e demonstrativos à informação fiscal, do que foi reaberto o prazo de defesa ao autuado, conforme fl. 583 do PAF, o mesmo não se pronuncia.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto e multa referentes a diversas infrações, das quais o autuado reconhece como devida a multa relativa a infração “07”, impugnando as demais, apresentando suas razões defensivas e requerendo diligência fiscal e revisão do lançamento do crédito tributário.

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência fiscal e de revisão do lançamento do crédito tributário por entender que o processo está devidamente instruído, sendo suficientes os elementos contidos nos autos para a formação de minha convicção sobre a lide.

Da análise das provas processuais, passo a tecer as seguintes considerações:

1. Restou comprovada a procedência das infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração, decorrentes do levantamento quantitativo dos estoques mensais de farinha de trigo, cujos documentos e demonstrativos, às fls. 15 a 395 do PAF, alicerçam plenamente a acusação fiscal, ficando provado, quando da informação fiscal, que a autuação deu-se sempre em relação ao maior valor, onde em cada mês há diferença de entrada e de saída, sendo considerada a de maior valor e nunca as duas. Deve-se ressaltar que o preço unitário médio calculado foi o do próprio mês da auditoria procedida, em consonância com a legislação. Por fim, o defendente não apresentou qualquer demonstrativo que afastasse a ação fiscal procedida.
2. Procede a exigência relativa a falta de retenção do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações subsequentes, nas vendas de farinha de trigo realizadas para contribuintes neste Estado, uma vez que o estabelecimento autuado não detém a condição de “moinhos locais”, mas, sim, de “Comércio Atacadista de Farinha, Amidos e Féculas”, conforme exigência para fruição do benefício, através de Regime Especial, estabelecido nos Pareceres GECOT n.º: 217/98; 1085/98 e 1239/98. Assim tal alegação não o exime da sua responsabilidade, sendo devido o imposto independentemente de qualquer circunstância.

3. Subsiste também a exigência do imposto relativo a utilização indevida de crédito fiscal, o qual foi apropriado através de via de documento fiscal diversa da 1ª, sem que houvesse prévia comunicação à repartição fiscal, infringindo o art. 97, inciso IX, do RICMS aprovado pelo Decreto n.º 6.284/97.
4. Ficou comprovado nos autos a *insubsistência* da multa relativa a falta de registro na escrita fiscal de entradas de mercadorias no estabelecimento autuado, pois os documentos a ele destinados foram devidamente registrado, sendo os demais destinados a contribuinte diverso.
5. Quanto a multa de uma UPF-BA aplicada em razão da utilização indevida de “Carta de Correção” para alterar dados relativos ao imposto destacado em documentos fiscais, emitidos pelo autuado em junho/97, o próprio contribuinte a reconhece como devida, não merecendo qualquer pronunciamento, diante da cristalina aplicação.
6. Inerente a falta de estorno de crédito fiscal de ICMS, proporcional à redução da base de cálculo de 29,41% nas operações de saídas, não cabe razão ao defendente quando alega que tal posicionamento irá transformá-lo em imposto cumulativo. Se ocorreu redução da base de cálculo de saída deve-se estornar o crédito fiscal proporcional, conforme artigo 100, inciso II, do RICMS/97, sob pena de, aí sim, ferir o princípio da não-cumulatividade.
7. Finalmente, relativo a exigência decorrente da retenção a menos do ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, realizadas no mês de dezembro/97, correspondente a redução indevida da base de cálculo, deduzidas de valor cobrado em ação fiscal anterior, onde o defendente aduz ser tal infração insegura e omissa, sob a alegação de que está cobrando uma diferença, mas não explica o porquê desta diferença, o autuante anexa demonstrativo, à fl. 579 do PAF, o qual foi intimado o contribuinte a se pronunciar, o que não ocorreu, admitindo-se como verídico a acusação, uma vez que não houve contestação, conforme preceitua o art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Assim voto como subsistente a exigência.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração *no valor de R\$ 556.695,17*, após a exclusão dos valores exigidos na “Infração 06”.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração nº **280080.0049/01-4**, lavrado contra **BUAIZ S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 556.655,46**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 451.815,52 e 70% sobre R\$ 104.839,94, previstas, respectivamente, no art. 42, II, “e” e VII, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **1 UPF-BA**, prevista no art. 42, XXII, da citada Lei nº 7.014/96.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR