

A. I. N° - 110424.0017/02-6
AUTUADO - SUPERFÁCIL COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LAIRA AZEVEDO SANTANA LEAL
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 20.03.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0073-02/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL ÀS SAÍDAS ISENTAS. Comprovado que o contribuinte creditou-se integralmente do imposto. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Exigência subsistente em parte, após consideração das provas processuais. 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Infração caracterizada. 4. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença decorrente de Termo de Acordo com a SEFAZ, o qual foi cassado sem que fosse cientificado o contribuinte. Item NULO. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2002, exige o ICMS no valor de R\$ 275.199,14, em razão:

1. Do contribuinte deixar de efetuar a proporcionalidade das saídas isentas para apropriação do crédito fiscal, no valor de R\$ 1.464,78, referente a energia elétrica e ao serviço de comunicação, utilizados na comercialização de mercadorias com saídas tributadas, no exercício de 2000, conforme demonstrativos às fls. 10 a 12 dos autos, nos termos do art. 93, § 1º, II, do RICMS aprovado pelo Decreto 6.284/97;
2. Do recolhimento a menos da antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária, no valor de R\$ 17.868,13, inerente aos exercícios de 2000 e 2001, consoante demonstrativos às fls. 13 a 19 do PAF;
3. Da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com base nas notas fiscais capturadas através do CFAMT nos exercícios de 2000 e 2001, com ICMS exigido de R\$ 245.656,68, conforme documentos às fls. 20 a 320 do PAF.
4. Do recolhimento a menos do imposto escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no valor de R\$ 10.209,55, inerente aos meses de maio a julho de 2002.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta defesa, às fls. 324 a 331, onde tece as seguintes razões:

1. Que a acusação relativa ao estorno proporcional do crédito fiscal está amparada no Decreto n.º 5.444/96 e no Decreto n.º 6.284/97, sem que fosse citado o dispositivo de lei que inseriu tal obrigatoriedade. Aduz que esta ausência de base legal, quanto ao estorno proporcional de crédito fiscal, já levou a 1ª Câmara do CONSEF, através do Acórdão n.º 2819/00, a rejeitar

- autuação fiscal idêntica. Em seguida, levanta a hipótese de que junto com as mercadorias isentas foram consideradas as mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, do que requer revisão fiscal.
2. Alega a existência de equívocos no levantamento do imposto tido como recolhido a menos por antecipação, carecendo de revisão deste item para confirmar, por exemplo:
 - a aplicação da MVA de 20% e a alíquota de 17% para café, no período de janeiro a junho de 2000, quando o correto sereia a MVA de 10% e a alíquota de 7%;
 - duplicidade da exigência da antecipação tributária relativa à Nota Fiscal n.º 19694, de 14/03/02 (14/03/00), cujo ICMS já tinha sido pago na operação (doc. fl. 333);
 - desconsideração do ICMS compensável quando o crédito destacado na nota fiscal foi superior ao débito, a exemplo de charque, relevando a homologação de todos os lançamentos e não apenas aqueles que acusam débito para com o fisco. Invoca o art. 150 do CTN;
 3. Quanto à terceira infração, aduz que a alegada acusação de “omissão de saídas de mercadorias” não foi fruto de levantamento quantitativo de estoques, conforme autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Cita a Portaria 445/98 e conclui que a acusação amparada no CFAMT não se adequa à penalidade imposta (ICMS à alíquota de 17% acrescido da multa de 70%), mas, sim, a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, prevista no art. 42, IX, da Lei n.º 7.014/96, caso comprovada a falta de registro das notas fiscais e que as mercadorias eram tributadas. Informa que não lhe foram entregues cópia das notas fiscais arroladas, o impossibilitando averiguar se as mercadorias eram tributadas, isentas ou substituídas. Assim, ressalta ser incompatível a acusação fiscal diante dos tipos de mercadorias acusadas de não registro, pois não se pode conceber a aplicação da alíquota de 17% para produtos da cesta básica (7%) e isentos, nem tão pouco para sua condição do Regime Especial com saídas com carga tributária de 10%. Por fim, aduz não ser possível apenas se calcular o débito de ICMS pelas saídas se não for autorizado o crédito dos bens pelas entradas.
 4. Relativo à acusação de que se utilizou indevidamente da redução de base de cálculo, por conta de Termo de Acordo (Regime Especial) que já havia sido cassado, entende que a tal cassação não ocorreu, pois é imperioso que a SEFAZ, oficialmente, o intime para cientificar do seu desligamento, o que não ocorreu, não podendo acatar a acusação fiscal.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 338 a 340, contesta as razões de defesa, aduzindo:

1. Que a autuação está de acordo com as normas que regem o ICMS/BA; que as razões apresentadas pelo autuado não têm fundamento e que os demonstrativos anexos às fls. 10 a 12 do processo são auto-explicativos.
2. Que realmente houve um equívoco ao considerar a alíquota de 17% e MVA de 20% para a antecipação tributária do café. Refaz o levantamento do exercício de 2000 (fls. 341 a 343) reduzindo o valor exigido de R\$ 11.945,18 para R\$ 7.660,62; que nada tem a se pronunciar sobre a nota fiscal de 14/03/02, pois não efetuou exigência de antecipação tributária neste período, e que não existe respaldo legal para compensação do valor negativo na antecipação tributária.
3. Que o art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados. Ressalta que o regulamento não dá tratamento diferenciado ao tipo de mercadoria que não foi registrada.

4. Que não cabe à autuante discutir se o contribuinte não foi informado da cassação do Termo de Acordo.

Em decisão desta 2ª JF o PAF foi convertido em diligência à INFAZ Calçada no sentido de que fosse comprovada a efetiva entrega ao contribuinte dos novos demonstrativos anexados à informação fiscal e a ciência ao sujeito passivo da cassação do regime especial, o que foi atendido às fls. 347 a 355 dos autos.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o ICMS relativo: a utilização a maior do crédito fiscal de energia elétrica e de serviço de comunicação, apropriado integralmente, sem considerar a proporcionalidade relativa às operações de saídas tributadas pelo imposto, quando ocorrerem simultaneamente operações isentas; ao recolhimento a menos da antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária; a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com base nas notas fiscais capturadas através do CFAMT, e ao recolhimento a menos do imposto escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.

Da análise das peças processuais, passamos a tecer as seguintes considerações:

Infração 01 – relativa a utilização a maior do crédito fiscal de energia elétrica e de serviço de comunicação, decorrente da falta de estorno proporcional às operações de saídas isentas.

Alega o recorrente ausência de base legal, quanto ao estorno proporcional de crédito fiscal, o que já levou a 1ª Câmara do CONSEF, através do Acórdão n.º 2819/00, a rejeitar autuação fiscal idêntica. Levanta a hipótese de que junto com as mercadorias isentas foram consideradas as mercadorias sujeitas à antecipação do imposto, do que requer revisão fiscal.

Inicialmente, indefiro o pedido de diligência para revisão fiscal do lançamento, pois caberia ao contribuinte comprovar a sua suspeita de que no levantamento fiscal foram consideradas como isentas mercadorias com imposto antecipado. Os demonstrativos às fls. 10 e 11 dos autos discriminam mensalmente os valores das mercadorias isentas, ensejando ao requerente, através de sua escrita e documentos fiscais, a prova da sua alegação, nos termos do art. 147, I, “b”, do RPAF.

Quanto a alegada ausência de previsão legal para o estorno proporcional do crédito fiscal, o inciso II do § 4º do art. 29 da Lei n.º 7.014/96 veda o crédito relativo a prestação de serviço feita para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto. Assim, tal dispositivo legal respalda as normas regulamentares (art. 93, § 1º, II c/c o art. 100, § 1º, ambos do RICMS – aprovado pelo Dec. 6.284/97), as quais tratam, respectivamente, da utilização proporcional do crédito fiscal às operações tributadas pelo imposto e ao estorno proporcional do crédito fiscal às mercadorias não tributadas. Assim, subsiste esta exigência fiscal.

Infração 02 – relativa ao recolhimento a menos da antecipação do ICMS nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas a substituição tributária, inerente aos exercícios de 2000/2001.

Cita o defensor equívocos no levantamento da autuante, do que pede revisão fiscal por estranho ao feito.

Indefiro o pedido de revisão fiscal por estranho ao feito, visto que a referida diligência foi procedida pela própria autuante, quando da sua informação fiscal, reconhecendo parte do pleito, sendo desnecessária a intervenção de outro preposto.

Observa-se ter pertinência a alegação do sujeito passivo sobre a aplicação da MVA de 20% e da alíquota de 17% para café, no período de janeiro a junho de 2000, quando o correto sereia a MVA de 10% e a alíquota de 7%, o que foi reconhecido pela autuante, apresentando novo demonstrativo às fls. 341 a 343 do PAF, reduzindo a exigência do imposto de R\$ 11.945,18 para R\$ 7.660,62 neste exercício.

Também cabe razão ao autuado a citação de que ocorreu duplicidade da antecipação tributária relativa à Nota Fiscal n.º 19694, datada de 14/03/00, mantida indevidamente no levantamento fiscal, à fl. 341 do PAF, com ICMS exigido de R\$ 51,98, uma vez que a operação já havia sido objeto da substituição tributária, conforme pode-se constatar à fl. 333 dos autos.

Por fim, não procede o pleito do contribuinte para a compensação do valor da antecipação tributária recolhida a mais, apurada no levantamento fiscal, cabendo ao interessado ingressar junto à SEFAZ com o pedido de restituição do indébito fiscal, caso comprovado o ônus deste recolhimento, visto que tal valor pode ter sido repassado aos adquirentes dos produtos.

Assim, subsiste parcialmente esta exigência no valor de R\$ 13.531,57, sendo R\$ 7.608,63 relativo ao exercício de 2000, e R\$ 5.922,94, referente ao exercício de 2001, conforme a seguir:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO

Data	Data	Base de	Aliq	M u l t a	Vlr em R\$	Data	Data	Base de	Aliq	M u l t a	Vlr em R\$
Ocorr.	Vencto	Cálculo	%	%		Ocorr.	Vencto	Cálculo	%	%	
31/01/00	10/02/00	20.325,71	17%	60%	3.455,37	31/01/01	10/02/01	180,94	17%	60%	30,76
28/02/00	10/03/00	2.274,18	17%	60%	386,61	28/02/01	10/03/01	5.752,65	17%	60%	977,95
30/04/00	10/05/00	18.110,47	17%	60%	3.078,78	31/03/01	10/04/01	7.622,12	17%	60%	1.295,76
31/05/00	10/06/00	1.392,35	17%	60%	236,70	30/04/01	10/05/01	11.810,59	17%	60%	2.007,80
30/06/00	10/07/00	2.299,00	17%	60%	390,83	31/05/01	10/06/01	3.699,76	17%	60%	628,96
31/07/00	10/08/00	67,06	17%	60%	11,40	31/10/01	10/11/01	3.740,00	17%	60%	635,80
31/10/00	10/11/00	156,76	17%	60%	26,65	30/11/01	10/12/01	1.275,94	17%	60%	216,91
30/11/00	10/12/00	131,12	17%	60%	22,29	31/12/01	10/01/02	758,82	17%	60%	129,00
Total do Exercício					7.608,63	Total do Exercício					5.922,94

Infração 03 – relativa a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, com base nas notas fiscais capturadas através do CFAMT nos exercícios de 2000 e 2001.

Invoca em sua defesa que a presunção de que os pagamentos de entradas não contabilizadas decorreram de recursos de operações também não contabilizadas só se efetiva através da auditoria de estoque, do que cita a Portaria 445/98. Conclui que para a acusação amparada no CFAMT cabe apenas a multa por falta de registro das notas fiscais, caso comprovada. Ressalta não ter recebido cópia das notas fiscais arroladas, o impossibilitando averiguar se as mercadorias eram tributadas, isentas ou substituídas, sendo inconcebível a aplicação da alíquota de 17% diante da sua condição de Regime Especial, com saídas com carga tributária de 10%, e para produtos da cesta básica (7%) e isentos, como também sem considerar o crédito dos bens pelas entradas.

O art. 4º, §4º, da Lei n.º 7.014/96, determina que a ocorrência de *entradas de mercadorias não contabilizadas*, autoriza a presunção de omissão de saídas de *mercadorias tributáveis* sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu, uma vez que o sujeito passivo não comprova os devidos registros das citadas notas fiscais em suas escritas fiscais e contábeis.

Caso os documentos fiscais tivessem sido registrados em sua escrita contábil e não lançados em sua escrita fiscal, o que não foi comprovado pelo contribuinte de forma a tornar improcedente a presunção, aí sim, caberia a multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento *sem o devido registro na escrita fiscal*, conforme previsto no art. 42, IX, da citada Lei n.º 7.014/96.

Tal constatação indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com receitas não contabilizadas, decorrentes de *operações tributáveis* anteriormente realizadas e também não contabilizadas, independentemente da classificação fiscal das mercadorias que estão sendo adquiridas com as referidas receitas omissas, pois o que se está a exigir é o imposto relativo às operações anteriores, *tidas como tributáveis por força de lei*, as quais geraram receitas omissas aplicadas nas atuais compras. Assim, descabe a alegação de defesa de ser inconcebível a aplicação da alíquota de 17% para produtos da cesta básica e isentos, sem considerar o crédito dos bens pelas entradas, pois a exigência não é sobre esta operação de compras, mas sobre operações de vendas anteriores. Quanto a sua condição de Regime Especial, com saídas com carga tributária de 10%, também não prospera, pois refere-se a benefício fiscal, o qual é concedido sob condições, dentre as quais a emissão regular de notas fiscais, não sendo cabíveis em operações omissas.

Relativo à alegação de que não recebeu cópia das notas fiscais arroladas, o impossibilitando averiguar se as mercadorias eram tributadas, isentas ou substituídas, conforme já dito, não se trata de exigência relativa às mercadorias adquiridas, mas, sim, a operações anteriores, tidas legalmente como tributáveis.

Ademais, desnecessário seria o fornecimento de cópias das notas fiscais arroladas, uma vez que os documentos fiscais, anexos ao processo, referem-se à “3ª via Fisco Destino”, os quais comprovam e respaldam plenamente a acusação fiscal, visto que as inúmeras notas fiscais foram coletadas nos postos fiscais do trajeto das referidas mercadorias, sendo prova suficiente da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário, e, como tal, os documentos originais encontram-se em poder do próprio contribuinte. Assim, estabelece o art. 46 do RPAF no sentido de fornecer, na intimação do sujeito passivo do Auto de Infração, cópias de todos os termos, demonstrativos e levantamentos elaborados pelo autuante (o que não está sendo questionado), inclusive os elementos de prova obtidos pelo fisco junto a terceiros *de que porventura o contribuinte não disponha*, o que não é o caso por se tratar de cópia dos originais em poder do autuado, conforme já dito.

Por fim, em última análise, deve-se ressaltar que o art. 124 do mencionado RPAF determina que o processo permanecerá na repartição local, durante o prazo de defesa, onde o sujeito passivo ou seu representante dele poderá ter vista e os interessados solicitar cópia de qualquer de suas peças. Portanto, entendendo que não ocorreu qualquer prejuízo ao contribuinte, sendo subsistente a exigência fiscal.

Infração 04 – relativa ao recolhimento a menos do imposto escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS (RAICMS), no valor de R\$ 10.209,55, inerente aos meses de maio a julho de 2002.

Defende-se o contribuinte alegando que para a cassação se efetivar é imperiosa a sua ciência do

desligamento, o que não ocorreu.

Observa-se, à fl. 353 dos autos, que só em 20/01/03 preposto do contribuinte tomou ciência da revogação do Termo de Acordo, ocorrido através do processo de n.º 091625/2002-1, conforme determina o art. 908, § 4º, do RICMS. Entendo que a partir da ciência do contribuinte sobre a cassação do regime especial deve-se dar ao mesmo a oportunidade do recolhimento espontâneo do imposto devido, o que torna a atual exigência fiscal deste item Nula por ter sido praticado com preterição do direito do contribuinte. Assim, deve a INFAZ renovar a ação fiscal inerente a esta infração, caso não haja o recolhimento espontâneo do valor ora reclamado.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 260.653,03, após a redução do valor exigido na segunda infração e a Nulidade da quarta infração.

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 n.º **110424.0017/02-6**, lavrado contra **SUPERFÁCIL COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 260.653,03**, sendo R\$ 93.040,24, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 9.073,41 e 70% sobre R\$ 83.966,83, previstas no art. 42, II, “d”, III e VII, “a”, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e mais R\$ 167.612,79, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 5.922,94 e 70% sobre R\$ 161.689,85, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR