

A. I. Nº - 110163.0009/03-1
AUTUADO - SALVADOR FOOD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA AUXILIADORA NASCIMENTO PORTUGAL
ORIGEM - INFAS BONOCÔ
INTERNET - 18.12.03

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0497/01-03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. A legislação tributária estadual veda a utilização de crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação. Infração confirmada. **b)** ESTORNO DE CRÉDITO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS SUBSEQUENTES. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Divergência entre o valor do imposto escriturado no Registro de Apuração e o recolhido. Infração confirmada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. Constitui-se em presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis a não escrituração dos pagamentos das mercadorias adquiridas. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige imposto no valor de R\$ 13.655,56, pelas seguintes razões:

- 1) utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação e energia elétrica não vinculados as mercadorias com saídas subsequentes tributadas, no valor de R\$ 2.335,36;
- 2) deixou de efetuar o estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução. Deixou de efetuar o estorno do crédito fiscal em face de Termo de Acordo e Compromisso com a SEFAZ, no valor de R\$ 328,68;
- 3) recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS, no valor de R\$ 5.776,93;
- 4) omissão de saída de mercadorias tributadas apurada através de entradas de mercadorias não registradas, período de fevereiro a junho de 2002, ICMS no valor de R\$ 5.214,59.

O autuado, às fls. 196 a 204, apresentou sua impugnação alegando preliminarmente a nulidade da ação fiscal sob os seguintes fundamentos:

1) que o Auto de Infração lavrado fora do estabelecimento autuado e, por esta razão considera-se ineficaz e invalido o procedimento fiscal, uma vez que, se o RICMS/BA é totalmente omissio, devia ter ocorrido o procedimento fiscal de acordo com o que preceitua o CTN, no seu art. 108, que obriga a lavratura do auto de infração no local da verificação da falta, ou seja, no próprio estabelecimento fiscalizado. Que se admite a lavratura fora do local do estabelecimento nos casos de feiras, exposições, mostras, mercadorias em consignação, mercadorias em trânsito, ou quando motivo grave impeça a lavratura no estabelecimento.

2) que a validade administrativa e eficácia jurídica do procedimento fiscal e levantamentos contábeis e fiscais, está condicionada ao fiscal que procede a esses trabalhos técnicos contábeis, ser habilitado como Contador, junto ao Conselho Regional de Contabilidade.

Que foi exigido imposto, no entanto seria necessário que os agentes do fisco efetuassem um levantamento específico de estoques, com embasamento nos livros e documentos fiscais de aquisição e saídas, tendo como base o inventário físico em determinado período, bem como, a escrita contábil do contribuinte.

3) que o arbitramento fiscal não prova que tivesse havido circulação de mercadorias – argumentou que sendo o conceito de circulação de mercadoria o resultante de transferência da propriedade de bens móveis ou da venda dos mesmos, para que se exige ICMS seria necessário que se provasse que houve circulação do bem sem a emissão de nota fiscal. Não consta nenhum levantamento específico de estoque efetuado, nenhum estouro de caixa foi encontrado, nem passivo fictício foi positivado ou depósito bancário que tivesse sido produto de omissão de vendas. Assim, ao seu entender, o Fisco presumiu mas não demonstrou quais as datas que ocorreram as vendas sem nota ou sem registro.

4) Prossegue dizendo que o fato gerador do ICMS quanto às mercadorias nacionais é sempre uma saída que represente ou seja, oriunda de um ato de comercio que traduza uma venda (circulação econômica) ou transferência da propriedade da mercadoria (circulação jurídica). Citou o art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/88 e art. 146, 59, II e 69, da CF/88, para afirmar que tais disposições prevalecem sobre o Decreto Estadual.

5) Protestou não ter havido motivação idônea e pertinente quanto a ocorrência da circulação de mercadoria sem o pagamento do imposto. Que o fato imponível deveria ter sido identificado, quantificado, qualificado, em todas as suas circunstâncias para permitir uma defesa ampla e, que inexiste embasamento fático para o lançamento do imposto por não guardar consonância com as expressões dispostas nos arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único e 144 do CTN; art. 1º, II, do Dec.-Lei 406/68.

6) Alegou constitucionalidade no tocante ao índice de correção monetária, por ser superior ao índice da UFIR federal. Também entendeu ser confiscatória a multa aplicada, citando o art. 150, IV, da CF/88.

Concluiu que, ao seu ver, o lançamento é nulo, por estar embasado em presunção fiscal, produto de arbitramento unilateral, sem observância ao disposto no art. 148 do CTN.

Requeru que a autuação fosse julgada improcedente e que fosse determinado diligênciar para provar seus argumentos defensivos.

A autuante, às fls. 272 a 275, informou que o autuado não impugnou nenhum dos itens autuados e que ao arguir preliminares demonstra ser desconhecedor da legislação tributária estadual, além

de juntar cópias de documentos que nada tem a ver com a autuação, já que nenhum lançamento foi efetuado relativamente aos referidos documentos.

Esclareceu que a autuação se encontra revestida de todas as formalidades legais cabíveis. Foram efetuados demonstrativos de todo o débito apurado e entregue cópia ao autuado. Que o art 39, § 1º do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. E no art. 42 do mesmo regulamento, dispõe que a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais.

Informou que nenhuma infração foi apurada através de arbitramento. O lançamento efetuado se refere a crédito indevido referente a serviços de comunicação e energia elétrica, falta de estorno de crédito face a termo de Acordo em que a carga tributária é de 10%, desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado nos livros fiscais e omissão de saídas face a entradas não registradas, cujos levantamentos e demonstrativos foram entregues cópias ao autuado. Que a DMA apresentada pelo defensor contém erros, já que diverge dos valores lançados no seu livro de Apuração (fls. 212 a 214). A DMA deve espelhar o que contém o livro de Apuração. O que normalmente ocorre é que para não se perder o prazo o contribuinte apresenta sua DMA e depois faz uma retificadora. Também, salienta que as cópias do RICMS juntado pelo defensor só prova o saldo devedor do imposto, comprovando os demonstrativos e o imposto autuado na autuação.

Quanto a argüição de constitucionalidade, a autuante cita o art. 167 do RPAF/99.

Manteve a autuação;

VOTO

Antes de adentrar na questão, ora em discussão, é necessário que se analise as preliminares de nulidade trazidas ao processo pelo impugnante. Assim, rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas, pelas razões abaixo:

1) Quanto a alegação de que consoante dispõe o art. 108 do CTN, a lavratura do Auto de Infração só poderia ter sido feita no local da verificação da falta, e não, na repartição fazendária, razão não assiste ao defensor, já que tal dispositivo não se aplica ao caso em exame, uma vez que a legislação tributária estadual traz regra própria quanto a determinação do local onde deve ser lavrado o Auto de Infração, ao teor do que dispõe o art. 39, § 1º, do RPAF/99, que estabelece “O Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração”.

2) Também, descabe o argumento de que o autuante precise estar habilitado, junto ao Conselho Regional de Contabilidade, para proceder aos exames, levantamentos fiscais e contábeis e, consequentemente, a lavratura de Auto de Infração quando se detectar irregularidade decorrente de descumprimento de obrigação principal ou acessória. O art. 42 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) prevê expressamente: “A lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais”. Desta forma, o lançamento tributário foi lavrado por profissional habilitado, no exercício de suas funções fiscalizadoras, autorizado por disposição regulamentar, fato que independe de sua formação acadêmica.

3) Quanto a constitucionalidade em relação ao índice de correção monetária, e a alegação de ser confiscatória a multa aplicada, tenho a ressaltar que nos termos do art. 125 da Lei 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de constitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior. Assim, sendo, apreciar a legalidade da legislação aplicada foge à

competência desta Juntas de Julgamento Fiscal. O autuante fundamentou a infração e indicou a multa com base na Lei nº 7.014/96, vigente à época da ocorrência dos fatos.

4) Também, descabe a alegação de cerceamento de ampla defesa, já que nos autos os fatos foram descritos de forma clara e precisa, além de ter sido entregue, ao defendant, cópia de todos os demonstrativos e levantamentos. Assim, não caracterizada nenhuma das hipóteses de nulidade expressamente elencados no art. 18 do RPAF/99.

Adentrando nas normas infraconstitucionais, observo que o sujeito passivo não impugnou nenhum dos itens da autuação, já que fez alusão de forma vaga e aleatória da necessidade de realização de levantamento específico de estoques, realização de auditoria das disponibilidades e do passivo fictício, necessários à comprovação de que tivesse havido circulação de mercadorias sem a emissão de nota fiscal. No entanto, nos autos foi exigido imposto em razão de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação e energia elétrica não vinculados as mercadorias com saídas subsequentes tributadas; falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, correspondente a parte proporcional da redução, em face de Termo de Acordo e Compromisso com a SEFAZ; recolhimento a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS e; falta de recolhimento do ICMS por presunção de omissão de saída de mercadorias tributadas apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

No tocante a infração 01, o Estado da Bahia através da Lei nº 7014/96, alterada pela Lei nº 7.710/00, em cujo art. 29, §1º, III, “b” e IV, “b”, na época da ocorrência dos fatos, determina expressamente o abaixo transcrito, inclusive, foi recepcionado pelo RICMS/97 (Dec. nº 6.284/97, alterado pelo Decreto nº 7.886/00) as regulamentou no art. 93, II, “b”, item 2 e II-A, “b”, item 2.

Art. 29 ...

§1º. O uso do crédito fiscal ocorrerá: (NR)

.....

III - tratando-se de entrada de energia elétrica no estabelecimento:

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 – quando for objeto de operação de saída de energia elétrica;

2 – quando consumida no processo de industrialização;

3 – quando seu consumo resultar em operação de saída ou prestação de serviço destinada ao exterior, na proporção destas sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas hipóteses de entrada de energia elétrica no estabelecimento não indicadas na alínea anterior.

IV - tratando-se de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento:

a) a partir de 1º de novembro de 1996:

1 – quando tenham sido prestados na execução de serviços da mesma natureza;

2 – quando sua utilização resultar em operação de saída ou prestação para o exterior, na proporção desta sobre as saídas ou prestações totais; e

b) a partir de 1º de janeiro de 2003, nas hipóteses de recebimento de serviços de comunicação utilizados pelo estabelecimento não indicadas na alínea anterior.

Dante do acima exposto, não resta dúvida quanto ao acerto do lançamento tributário ao ser exigida a glosa do crédito fiscal utilizado indevidamente, em relação ao serviço de comunicação e consumo de energia elétrica, no período de maio de 2001 a janeiro de 2002, uma vez que não havia previsão legal para o uso de tais créditos, conforme disposição legal acima transcrita.

O item 02 da autuação exige glosa de crédito decorrente da falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo, em razão de Termo de Acordo e Compromisso com a SEFAZ na fruição do benefício previsto no Decreto nº 7.488/98, no período de fevereiro de 2001 a dezembro de 2002. O sujeito passivo não adentrou ao mérito da questão. Assim, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, é o que dispõe o art. 143 do RPAF/99.

O item 03 do Auto de Infração trata da exigência de imposto por divergência entre o valor recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração. O próprio autuado anexou à fl. 212 a cópia reprográfica da DMA informando que o valor do imposto a recolher no mês de março de 2001 foi de R\$ 1.879,23. Anexou ainda cópia reprográfica de folha do seu livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 213/214), de igual período, onde se verifica que o imposto devido de R\$ 7.815,34. O autuado efetuou o recolhimento do ICMS com base na informação dada pela DMA, o que demonstra, sem sombra de dúvida, a existência de desencontro entre os fatos arrolados nos seus livros fiscais e o informado através de DMA. Assim, o próprio sujeito passivo trouxe ao processo elementos que só confirmaram o acerto do lançamento efetuado.

Já a infração 4 decorre da falta de escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias, cujos documentos, vias pertencentes ao Fisco de destino, foram colhidos pela Fiscalização deste Estado, nos Postos Fiscais de Trânsito, através da Gerência de Trânsito – Sistema CFAMT, anexadas ao PAF, às fls. 63 a 72. Foi exigido imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos efetuou o pagamento das compras de mercadorias não registradas. Tal situação tem como previsão legal o disposto no § 4º do art. 4º, da Lei 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542/02.

Art. 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º - O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

A irregularidade não foi elidida pelo sujeito passivo. Mantida a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110163.0009/03-1, lavrado contra **SALVADOR FORD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo

ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 13.655,56**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$ 2.335,36, R\$ 328,68, R\$ 5.776,93 e 70% sobre R\$ 5.214,59, previstas no art. 42, II, “b”, VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de dezembro de 2003.

CLARICE ANÍZIA MAXIMO MOREIRA – PRESIDENTE-RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA