

**A. I. Nº** - 206847.0008/03-2  
**AUTUADO** - ALIBOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.  
**AUTUANTE** - FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA  
**ORIGEM** - INFAZ INDÚSTRIA  
**INTERNET** - 19/09/06

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF Nº 0250-03/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) CRÉDITO UTILIZADO COM SEGUNDA VIA DO DOCUMENTO FISCAL Ficou comprovada a existência das primeiras vias das notas referentes aos créditos fiscais utilizados. Infração insubsistente. b) FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. É vedada a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso. Elidida parcialmente a exigência fiscal, considerando que não foi apresentada somente uma nota fiscal. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. DESTAQUE INDEVIDO DO IMPOSTO. Por se tratar de vendas de mercadorias não industrializadas pelo autuado, inscrito no SIMBAHIA, apesar de não poder constar destaque de ICMS, efetuou o mencionado destaque, de forma indevida, proporcionando ao adquirente a utilização do crédito fiscal. Mantida a exigência fiscal. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Refeitos os cálculos pelo autuante, excluindo valores exigidos em autuação anterior, o imposto originalmente apurado ficou reduzido. Rejeitada a preliminar de nulidade e indeferidos os pedidos de perícia e diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, refere-se à exigência de R\$13.742,05 de ICMS, acrescido das multas de 50% e 60%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Deixou de recolher, no prazo regulamentar, o imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito fiscal. R\$2.782,21
2. Recolhimento efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração (SIMBAHIA), referente ao período de março de 1999 a dezembro de 2000. R\$10.959,84

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou impugnação, fls. 44 a 54 dos autos, alegando preliminarmente, que a auditoria nas notas fiscais e nos registros contábeis deveria ter sido efetuada em conjunto com a auditoria no sistema de dados e conta corrente, no sentido de perquirir a verdade material dos fatos. Citou decisão do Conselho de Contribuintes da Receita Federal, e disse que em nenhum momento o autuante buscou a verdade material, e o procedimento fiscal adotado leva o defendente à conclusão de que houve constrangimento sem causa, e ilegal. Assim, entende que o Auto de Infração torna-se nulo de pleno direito, por ser notória a violação aos princípios da legalidade, da segurança jurídica dos atos administrativos, da moralidade e da busca da verdade material.

Quanto ao mérito, o defendente alega que, pelas notas fiscais acostadas aos autos, efetivamente ocorreu a entrada das mercadorias, o que caracteriza a sua circulação e, conseqüentemente, é correto o destaque do imposto, bem como a tributação efetuada. Ressaltou o ensinamento do Prof. Hugo de Brito Machado quanto às operações relativas à circulação de mercadoria, e concluiu que não é devido o tributo relativo ao primeiro item, por ser infundada a autuação.

Em relação ao segundo item do Auto de Infração, alega que é improcedente o imposto exigido, por incluir dentre as infrações apontadas, débitos que já foram parcelados junto à SEFAZ, por meio dos processos de números 20709.00012/00-7 (fls. 74 a 87) e 65978900 (fls. 89 a 94), ressaltando que os débitos já foram devidamente quitados, e que o Auto de Infração de nº 20709.00012/00-7 elenca em sua primeira infração o mesmo enquadramento legal e período semelhante ao citado no segundo item da presente autuação. Disse que, diante do evidente equívoco constatado no levantamento fiscal, requer uma revisão fiscal para que sejam excluídos do presente lançamento os valores indevidamente exigidos, pedindo também, a realização de perícia no local do estabelecimento autuado.

Às fls. 174/175 dos autos, consta comunicação encaminhada pelo autuante ao sujeito passivo, informando que foram apuradas quatro infrações devidamente tipificadas e qualificadas, sendo juntados ao PAF todos os demonstrativos e levantamentos realizados. Esclarece que Auto de Infração foi emitido por sistema eletrônico de processamento de dados, porém, apesar de conter todos os elementos exigidos em Lei, foram descritos pelo sistema apenas dois históricos, as infrações 02 e 03, sem fazer referência às demais. Por isso, o autuante prestou os devidos esclarecimentos, e sugeriu à repartição fiscal a reabertura do prazo de defesa, tendo em vista que, no documento que encaminhou ao autuado, descreveu as quatro infrações apuradas:

Infração 01: Créditos fiscais indevidos, utilizados através das segundas vias de Notas Fiscais e por não apresentar as primeiras vias, nos meses de novembro e dezembro de 1998. Valor do débito: R\$595,75

Infração 02: Créditos fiscais indevidos, escriturados no Registro de Entradas sem apresentação das notas fiscais correspondentes, no mês de dezembro de 1998. Valor do débito: R\$1.590,82

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, correspondente a imposto destacado em Notas Fiscais de operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização dos créditos, conforme demonstrativo à fl. 11 do PAF. Valor do débito: R\$595,64.

Infração 04: Recolhimento efetuado a menos, na condição de EPP enquadrada no SIMBAHIA, no valor de R\$10.959,84, referente ao período de março de 1999 a dezembro de 2000.

Intimado a tomar conhecimento, o autuado apresentou novas razões defensivas às fls. 181 a 189 dos autos, ressaltando que o autuante não buscou a verdade material dos fatos. Disse que não pode o Auditor, numa mera informação fiscal, duplicar a quantidade de infrações, e se as infrações não se encontravam no auto ou se foram observadas a “posteriori”, demonstra a incerteza quanto ao teor das acusações. Por isso, pede pela nulidade da autuação, com base no art. 18, do RPAF/99. Destacou que o CONSEF, em inúmeras oportunidades, tem dado mostras de ser um órgão preocupado com a legalidade, por isso, citou três resoluções, constando decisão pela nulidade da autuação.

Quanto ao mérito, o defendente alegou em relação às infrações 01 e 02, que as notas fiscais e os respectivos registros demonstram claramente que é infundada a autuação, ressaltando o entendimento de que o ICMS incide sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços, e tal entendimento está na própria norma legal que regula o tributo.

Infrações 03 e 04 – Alegou que essas infrações são improcedentes porque dentre os valores exigidos se encontram débitos já parcelados e que já foram pagos. Citou os processos de

números 207090.0012/00-7 e 65978900, que englobam diversos débitos que também são objeto da presente autuação.

Considerando que após a manifestação do autuado, ainda não constava nos autos o pronunciamento do autuante acerca das alegações defensivas, a 2ª JJF, converteu o presente processo a Infaz de origem (fl. 192), para ser prestada informação fiscal, e o autuante anexar fotocópias de notas fiscais e respectivos livros fiscais, referentes à terceira infração. Quanto à infração 4, esclarecer se foi realizado confronto entre os valores exigidos e os parcelamentos alegados pelo autuado. Se necessário, fazer exclusões dos valores já recolhidos pelo contribuinte.

O autuante apresentou nova informação fiscal às fls. 194 a 196, dizendo que o autuado encontrava-se inscrito junto à SEFAZ como contribuinte do regime normal de apuração até 31/12/98, e a partir de 01/01/99 passou à condição de Empresa de Pequeno Porte (SIMBAHIA). Descreveu as irregularidades apuradas, ressaltando que, referente à primeira infração, a legislação só admite o uso de crédito fiscal do imposto destacado na primeira via do documento. Quanto à segunda infração, disse que o autuado não apresentou as notas fiscais comprobatórias dos créditos fiscais utilizados, nem quando da fiscalização, nem no ato da defesa. Em relação à infração 03, informou que o autuado destacou indevidamente ICMS em notas fiscais referentes à revenda de mercadorias não industrializadas por ele, e por se tratar de contribuinte inscrito no SIMBAHIA, só poderia destacar o ICMS em documento fiscal, se fosse exclusivamente industrial. Disse que, a título de exemplo, juntou aos autos as NFs 025396 e 025192 contendo produtos adquiridos junto à Refrio Indústria de Alimentos Ltda.

Em relação à quarta infração, o autuante informou que o autuado deu saída de diversas mercadorias, e alguns dias após, foram emitidas notas fiscais de entradas a título de devolução, sem observar o disposto no art. 229, inciso VI, c/c art. 654, incisos I, III, IV e § 1º do RICMS/97. Disse que os parcelamentos alegados pelo defendente não têm qualquer ligação com os constantes no presente Auto de Infração, uma vez que foram incluídas apenas as devoluções de vendas, desclassificadas por terem sido feitas sem observar a legislação do ICMS.

De acordo com a intimação à fl. 198 e respectivo “AR” à fl. 197, o autuado foi cientificado da informação fiscal, e decorrido o prazo regulamentar, não foi apresentada qualquer manifestação pelo sujeito passivo quanto aos elementos a ele fornecidos.

Tendo em vista que o autuado apresentou fotocópias de primeiras vias das notas fiscais correspondentes às infrações 01 e 02 (fls. 63 a 72), foi deliberada pela 2ª JJF a realização de nova diligência à Infaz de origem (fl. 201) para o autuante se manifestar acerca das provas apresentadas na defesa do autuado. Se necessário, refazer os cálculos.

Em nova informação fiscal à fl. 204, o autuante esclarece que, diante dos documentos fiscais apresentados pelo autuado em sua impugnação (fls. 63 a 72) deve ser considerada a exigência fiscal somente em relação à NF 283, no valor de R\$30,94, ficando excluídos os demais valores das infrações 01 e 02.

O autuado foi intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, conforme intimação e respectivo AR (fls. 205 e 206), entretanto, não se manifestou.

Considerando a alegação defensiva, de que em relação às infrações 03 e 04, dentre os valores exigidos se encontram débitos já parcelados e que já foram pagos, tendo sido indicados o AI nº 207090.0012/00-7 e o PARCELAMENTO Nº 65978900, afirmando que esses processos englobam diversos débitos que também são objeto da presente autuação, à fl. 214, esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem para:

1 – o autuado ser intimado a apresentar a memória de cálculo e comprovar as notas fiscais incluídas no processo de parcelamento indicado nas razões de defesa.

2 – ser anexada aos autos cópia dos demonstrativos elaborados no AI 207090.0012/00-7.

3 – Após as duas providências anteriores, o autuante excluir do presente lançamento os valores que já constaram nos processos indicados pelo autuado nas razões de defesa.

Em atendimento ao solicitado, o autuante informou à fl. 220, que o contribuinte foi intimado pelo setor de cobrança da Infaz Simões Filho (fl. 217), mas não atendeu à intimação. Disse, ainda, que os lançamentos constantes do presente processo não se comunicam com qualquer outro lançamento, sobretudo o AI Nº 207090.0012/00-7, e o processo de parcelamento de nº 65978900. Entende que, se o autuado não comprovou o que alegou, fica patente que houve apenas alegação sem prova material.

Considerando que a descrição da infração 04 do presente processo (fl. 175) é a mesma da primeira infração do AI 207090.0012/00-7 (fls. 74 a 76), no mesmo período de apuração, e sendo indispensável o confronto dos valores exigidos no presente lançamento com o débito apurado no AI anterior, esta JJF, deliberou converter o presente processo em nova diligência à Infaz de origem, para o autuante excluir do presente lançamento os valores que já constaram da autuação anterior; elaborar novos demonstrativos referentes ao saldo remanescente, e fornecer cópia ao autuado, concedendo o prazo de 10 dias para o mesmo se manifestar, querendo.

Em atendimento ao solicitado, o autuante informa à fl. 227, que após o cotejamento com os dados do AI 207090.0012/00-7, elaborou demonstrativo (fl. 228), referente ao saldo remanescente do ICMS recolhido a menos.

Intimado a tomar conhecimento, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 231/232, alegando que em nenhum momento o autuante demonstrou a origem dos valores apurados, e por isso, entende que não há qualquer fundamentação que leve ao entendimento de que o autuado deve os valores remanescentes. Diz, ainda, que o Fisco pretende cobrar novamente débitos que estão contidos nos parcelamentos efetuados por meio dos processos de números 2070900012007 e 65678900, que englobam muitos dos débitos exigidos na presente autuação fiscal. Finaliza, reiterando as alegações apresentadas na impugnação inicial, e pedindo a total improcedência do presente lançamento.

## **VOTO**

Em relação à preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, sob a alegação de que o autuante não buscou a verdade material dos fatos e que não pode o Auditor, numa mera informação fiscal, duplicar a quantidade de infrações, por entender o defendente que se as infrações não se encontravam no auto ou se foram observadas a posteriori, demonstram a incerteza quanto ao seu teor, observo que as incorreções foram sanadas, sendo reaberto o prazo de defesa, e o fato comunicado ao sujeito passivo que se manifestou no prazo legal. Por isso, as correções foram realizadas de acordo com o previsto no § 1º, do art. 18, do RPAF/99, não houve acréscimo ao valor total do Auto de Infração, apenas desdobramento quanto aos valores indicados inicialmente como infração 01, conforme esclarecimentos prestados pelo autuante às fls. 174 e 175 dos autos, descrevendo as quatro infrações em documento que encaminhou ao autuado. Ademais, da leitura da peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente as infrações que lhe foram imputadas e a base de cálculo do imposto exigido.

Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, do art. 18, do RPAF/99, para decretar a nulidade do Auto de Infração.

Em relação à alegação defensiva de que há necessidade da realização de perícia e diligência por estranho ao feito, fica indeferido o pedido com base no art. 147, incisos I e II, do RPAF/99, tendo em vista que a perícia é desnecessária em vista das provas já produzidas, e os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

Quanto ao mérito, a primeira infração trata de créditos fiscais considerados indevidos, porque foram comprovados com as segundas vias de Notas Fiscais, nos meses de novembro e dezembro de 1998, e a infração 02, se refere a crédito fiscal considerado indevido por falta de apresentação das notas fiscais comprobatórias do citado crédito, tudo conforme demonstrativo à fl. 08 dos autos.

O autuado alegou em sua defesa, em relação às infrações 01 e 02, que foram efetuados os registros fiscais e contábeis, demonstrando claramente que é infundada a autuação, tendo sido apresentadas fotocópias das notas fiscais objeto da autuação, fls. 63 a 72.

O autuante analisou os elementos anexados aos autos pelo defendente, tendo informado à fl. 204, que diante dos documentos fiscais apresentados pelo autuado em sua impugnação (fls. 63 a 72), deve ser considerada a exigência fiscal somente em relação à NF 283, no valor de R\$30,94, ficando excluídos os demais valores das infrações 01 e 02.

Observo que a exigência fiscal foi efetuada com base no demonstrativo à fl. 08, ficando comprovada a existência das primeiras vias das duas notas referentes à primeira infração (fls. 64 e 66), considerando insubsistente essa infração.

Referente à segunda infração, foram apresentadas as fotocópias de três notas fiscais (fls. 63, 70 e 71), por isso, considero subsistente em parte a exigência fiscal neste item, haja vista que não foi comprovado o crédito fiscal em relação à NF 283, ficando alterado o total do débito neste item da autuação, para R\$30,94.

Infração 03 - Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, correspondente a imposto destacado em NFS de operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização dos créditos. Assim, foi constatado destaque indevido do imposto em notas fiscais emitidas pelo autuado, conforme demonstrativo à fl. 11 do PAF, e por isso, foi considerado que os mencionados documentos fiscais poderiam proporcionar créditos fiscais aos destinatários da mercadoria.

Observo que por se tratar de vendas de mercadorias não industrializadas pelo autuado, inscrito no SIMBAHIA, apesar de não poder constar destaque de ICMS, efetuou o mencionado destaque, de forma indevida, proporcionando ao adquirente a utilização do crédito fiscal.

Em sua impugnação o autuado, reconhece o cometimento da irregularidade, considerando a sua alegação de que os valores exigidos foram incluídos em parcelamentos de débitos anteriores. Entretanto, em relação ao processo de parcelamento indicado nas razões de defesa, por determinação deste órgão julgador, o autuado foi infirmado a comprovar a notas fiscais incluídas no mencionado processo (fl. 218), o que possibilitaria a exclusão desses valores, do débito exigido no presente lançamento, mas não houve qualquer atendimento ao solicitado, conforme salientou o autuante na informação fiscal prestada à fl. 220.

Quanto aos valores consignados no Auto de Infração anteriormente lavrado, o autuante fez a dedução no débito relativo à infração 04, tendo em vista que se trata da mesma descrição dos fatos constante da primeira infração do nº AI 207090.0012/00-7.

Assim, considerando que não ficou comprovado que no levantamento fiscal foram incluídos indevidamente valores parcelados anteriormente, concluo pela subsistência da exigência fiscal, neste item da autuação fiscal.

A quarta infração, trata de exigência de ICMS, tendo em vista que foi constatado pagamento do imposto efetuado a menos pelo autuado, na condição de EPP enquadrado no SIMBAHIA, referente ao período de março de 1999 a dezembro de 2000.

Considerando a alegação defensiva de que no levantamento fiscal foram incluídos valores contidos em processos anteriores, e tendo em vista que a descrição desta infração 04 (fl. 175) é a mesma da primeira infração do AI 207090.0012/00-7 (fls. 74 a 76), no mesmo período de apuração,

esta JJF, converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem, para o autuante excluir do presente lançamento os valores que já constaram da autuação anterior e elaborar novos demonstrativos referentes ao saldo remanescente. Assim, o autuante informou à fl. 227, que após o cotejamento com os dados do AI 207090.0012/00-7, elaborou novo demonstrativo (fl. 228), referente ao saldo remanescente do ICMS recolhido a menos.

Observo que embora o defendente não tenha acatado o novo demonstrativo, apresentou as mesmas alegações da impugnação inicial, argumentando que o autuante não demonstrou a origem dos valores apurados. Entretanto, o débito foi apurado inicialmente por meio do levantamento fiscal às fls. 9/10, que fornecido ao autuado, por isso, não acato a alegação defensiva. Portanto, acolhendo o novo demonstrativo elaborado pelo autuante à fl. 228, relativo ao saldo remanescente do ICMS recolhido a menos, fica alterado o débito exigido para R\$8.259,51. Infração subsistente em parte.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	CONCLUSÃO	IMPOSTO
01	IMPROCEDENTE	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	30,94
03	PROCEDENTE	595,64
04	PROCEDENTE EM PARTE	8.259,51
<b>TOTAL</b>	-	<b>8.886,09</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0008/03-2, lavrado contra **ALIBOM INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.886,09**, sendo R\$6.909,35 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$6.282,77 e 60% sobre R\$626,58, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos I, “b”, item 3; VII, “a” e II, “c” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes; e R\$1.976,74, acrescido da multa de 50%, prevista no inciso I alínea “b”, item 3, do mesmo artigo e mencionada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR