

A. I. N° - 206915.0010/07-7
AUTUADO - FLORANICE GAMA SILVA
AUTUANTE - JOSÉ JOAQUIM DE SANTANA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 17/04/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0067-03/09

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. **a)** UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a.1)** MERCADORIA COM IMPOSTO PAGO POR ANTECIPAÇÃO. É vedado pela legislação, utilizar crédito fiscal em decorrência do pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária. **a.2)** MATERIAL DE CONSUMO. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a material de consumo. Infração subsistente. **b)** FALTA DE ESTORNO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. É devido o estorno de crédito proporcional à saída com redução da base de cálculo, por força da norma constante da legislação. Infração subsistente. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAIS DE CONSUMO E BENS PARA O ATIVO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre a entrada efetuada em decorrência de operação interestadual, quando as mercadorias são destinadas ao ativo e ao uso ou consumo do estabelecimento. Infração caracterizada. 3. LIVROS FISCAIS. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES LANÇADOS NO REGISTRO DE SAÍDAS E NO REGISTRO DE APURAÇÃO. Imputação não impugnada. 4. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias mediante levantamento quantitativo, sendo o valor das entradas omitidas inferior ao das saídas, deve ser exigido o imposto calculado sobre o maior valor monetário, o das saídas. Refeitos os cálculos, o imposto originalmente exigido ficou reduzido. 5. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Pela descrição dos produtos nas notas fiscais, foram realizadas operações comerciais com bebidas alcoólicas e sucata de garrafão, mercadorias tributáveis, cujo pagamento do imposto não foi comprovado pelo autuado. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2007, refere-se à exigência de R\$71.060,29 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

Infração 01: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. O contribuinte utilizou o crédito fiscal

destacado na Nota Fiscal de nº 4311 referente à aquisição de macarrão, mercadoria elencada no anexo 88 do RICMS/BA. Valor do débito: R\$45,56.

Infração 02: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento. Crédito fiscal destacado na Nota Fiscal de nº 1675, referente à compra de vigotas para laje, produto destinado à construção de prédio, portanto, fora do objetivo comercial do autuado, comércio atacadista de bebidas, alimentos e produtos de higiene e limpeza. Valor do débito: R\$167,36.

Infração 03: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. O contribuinte adquiriu arroz em outra unidade da Federação, não estornando o valor do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de compras do mencionado produto. Valor do débito: R\$1.322,30.

Infração 04: Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento. Compra de um veículo novo Mercedes-benz, modelo L-1620/51. Valor do débito: R\$6.025,00.

Infração 05: Recolhimento do ICMS efetuado a menos em decorrência de divergências entre os valores lançados no Livro Registro de Saídas de Mercadorias e no livro Registro de Apuração do ICMS. O contribuinte efetuou lançamentos divergentes do ICMS, referentes ao mesmo período de apuração: fevereiro de 2006, livro Registro de Saídas à fl. 30 consta o valor de R\$3.757,57 e no Livro Registro de Apuração do ICMS nº 02 à fl. 02, o valor de R\$2.985,12, campo “apuração dos saldos”, resultando em saldo credor maior lançado no campo 16 do mencionado livro. Valor do débito: R\$590,45.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2006. Valor do débito: R\$62.293,57.

Infração 07: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Vendas de bebidas alcoólicas (vinho, vodka, Whisky, conhaque, aguardente e rum) a partir de 01/10/2005 sem destaque do ICMS no corpo da nota fiscal, portanto, sem o recolhimento do ICMS devido em tais operações, nos meses de outubro e novembro de 2005. Valor do débito: R\$268,68.

Infração 08: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte vendeu, em operação interestadual, sucata de garrafão, sem destaque do ICMS no corpo da nota fiscal, consequentemente, sem recolhimento do imposto devido nessas operações, no mês de agosto de 2005. Valor do débito: R\$347,37.

O autuado apresentou impugnação às fls. 115 a 118, transcrevendo inicialmente as infrações e dispositivos infringidos. Em seguida, alega que contesta o levantamento quantitativo por conter equívocos, salientando que fez uma apuração paralela, levantando todos os itens que apresentaram as diferenças indicadas na autuação fiscal. Quanto à infração 03, diz que não estornou o crédito fiscal, por se tratar de produto que anteriormente fazia parte da cesta básica e tinha a sua alíquota estabelecida em 7%, e por equívoco foi debitado o mesmo valor correspondente à referida alíquota de 7% no momento da venda do mencionado produto, sendo que o mesmo deveria ter saído com isenção e não pagaria mais ICMS. Afirma que em momento algum ficou comprovado que houve sonegação, e não houve prejuízo para o Estado. Ao

contrário, houve excesso de arrecadação, tendo em vista que no preço de venda está embutida a MVA, e a cobrança do imposto relativo a essa mercadoria estaria caracterizando bi-tributação.

Infração 06: Reafirma que o levantamento fiscal contém vários equívocos causados pelo *software* utilizado pelo autuante, fazendo com que o levantamento fiscal ficasse comprometido. Diz que todas as notas fiscais foram indicadas no demonstrativo de entradas e de saídas ao mesmo tempo; algumas notas fiscais não aparecem no relatório de saída, citando como exemplo a NF 182811. Informa que refez o levantamento quantitativo de estoque em todos os itens que teria apresentado omissão de entrada ou de saída, conforme demonstrativos que anexou à impugnação.

Infração 07: O autuado esclarece que por motivo de mudança na legislação, deveria levantar o seu estoque de bebidas alcoólicas existente, e solicitar à SEFAZ o crédito correspondente a estas mercadorias, tendo em vista que se tratava de mercadorias com ICMS pago antecipadamente. Diz que alguns dias após tomar conhecimento do que deveria ter feito, percebeu que já havia vendido todo o seu estoque sem destaque do ICMS. Afirma que deixou de utilizar o crédito fiscal a que teria direito, e por outro lado, deixou de recolher o débito, mas em momento algum ficou caracterizado que houve sonegação fiscal ou intenção de lesar os cofres públicos. Pede o refazimento dos cálculos, e se a preliminar for superada, que se observe o que estabelece o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, e para tanto, se proceda ao contraditório, e por meio de ampla defesa o autuado tenha deferidos todos os meios de prova em direito admitidos; a juntada posterior de documentos, inclusive a contraprova, vistas do processo após o pronunciamento às alegações defensivas; que seja julgado procedente em parte o Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 213/214 dos autos, rebate as alegações defensivas argumentando que o autuado, ao não estornar os valores dos créditos fiscais destacados nas notas fiscais de compra de arroz em outras unidades da Federação, lançados no seu livro Registro de Entradas de Mercadorias, a partir de 22/12/2005, contrariou o que dispõe o art. 100, inciso II e 124 do RICMS/BA, por se tratar de produto beneficiado com redução de 100% da base de cálculo do ICMS nas operações internas, conforme art. 78-A do RICMS/BA. Diz que aceitar o argumento do autuado de que não houve prejuízo ao Erário estadual, porque as vendas foram efetuadas com destaque do ICMS, neste caso, ficaria ao livre arbítrio do contribuinte a data de adoção do novo procedimento estabelecido na legislação. Quanto ao levantamento quantitativo referente ao exercício de 2006, o autuante reconhece que houve equívocos por conta da utilização dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, encaminhados pelo contribuinte para o banco de dados da SEFAZ. Esclarece que foram informadas algumas notas fiscais de compras do contribuinte como se fossem também notas fiscais de vendas, fato que foi corrigido com as novas planilhas elaboradas. Portanto, os cálculos foram refeitos, o que importou na redução do débito, perfazendo a infração em questão o montante de R\$4.875,16.

Quanto ao argumento do deficiente de que no dia 30/09/2005 tinha o estoque de bebidas alcoólicas, mas não efetuou a contagem desse estoque com o respectivo crédito do imposto pago por antecipação tributária, para comunicar à SEFAZ e poder utilizar no seu livro RAICMS, o autuante informa que o contribuinte não comprovou à SEFAZ que possuía estoque de bebidas alcoólicas em 30/09/2005, por isso, não poderia alegar que possuía crédito fiscal do ICMS pago por substituição ou antecipação tributária na aquisição das mercadorias. Assegura que existe a certeza de que a partir de 01/10/2005, o contribuinte efetuou venda de mercadorias tributáveis como se fossem não-tributáveis, o que foi comprovado no presente Auto de Infração e o autuado não comprova que possuía bebidas alcoólicas em estoque no dia 30/09/2005 e seu respectivo crédito fiscal. Finaliza, pedindo a procedência das infrações 01, 02, 03, 04, 05, 07 e 08, bem como a procedência parcial da infração 06, no valor total de R\$4.875,16 (fl. 229).

Considerando que o autuante, ao prestar informação fiscal, elaborou nova planilha de cálculo do imposto exigido na infração 06, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 233) para intimar o autuado, e fazer a entrega de cópias da

mencionada informação fiscal e dos novos demonstrativos (fls. 213 a 229 dos autos), mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, e ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para o autuado se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

À fl. 235 do PAF, o autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, constando no Aviso de Recebimento à fl. 236, a comprovação de que o contribuinte recebeu cópia da diligência requerida por esta 3^a JJF, bem como, da informação fiscal e dos novos demonstrativos (fls. 213 a 229 dos autos). Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

Consta à fl. 231, Demonstrativo de Parcelamento do débito reconhecido pelo contribuinte, no valor histórico de R\$14.187,61.

Considerando a alegação do autuado de que o levantamento fiscal continha equívocos causados no *software* utilizado pelo autuante, fazendo com que o resultado da fiscalização ficasse comprometido, o autuante, ao prestar informação fiscal, elaborou nova planilha de cálculo do imposto exigido, que não foi contestado pelo defendante. Entretanto, constatou-se que não foi anexada aos autos a planilha de cálculo do preço médio das saídas de todas as mercadorias objeto da nova apuração efetuada pelo autuante, a exemplo do Aguardente Pirassununga (código 317). Para esta mercadoria foi utilizado o preço médio de R\$R\$1,16 (fl. 227), mas o autuado considerou o preço médio de R\$2,00 (fl. 120), apurado pela fiscalização em relação às entradas, na fl. 43. Por isso, esta JJF converteu o presente processo em diligência à Infaz de origem (fl. 240) para o autuante juntar aos autos o demonstrativo completo do preço médio das saídas, se necessário retificar o levantamento fiscal.

Após essas providências, a Inspetoria Fazendária fazer a entrega ao defendante de cópias da nova informação fiscal e dos novos demonstrativos, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, e ser concedido o prazo de 10 (dez) dias para o autuado se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos.

O autuante prestou nova informação fiscal dizendo que acostou aos autos a planilha Auditoria de Estoque, Demonstrativo do Cálculo do Preço Médio, Relatório das Mercadorias selecionadas. Esclarece que as demais planilhas encontram-se nos autos (fls. 215 a 229). Diz que anexou cópias das referidas planilhas para serem entregues ao contribuinte, e que o arquivo eletrônico contendo as planilhas mencionadas será encaminhada para o endereço eletrônico da SEFAZ.

À fl. 254 autuado foi intimado da informação fiscal e demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, sendo concedido o prazo de 30 dias para o defendante se manifestar, querendo, estando comprovado o recebimento da intimação por meio do Aviso de Recebimento à fl. 256. Decorrido o prazo concedido, o defendante não se manifestou.

VOTO

De acordo com as alegações defensivas, o autuado impugnou somente as infrações 03, 06 e 07, tendo requerido parcelamento do débito apurado nas demais infrações e parte do imposto exigido na infração 06. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

Infração 03: Deixou de efetuar o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. O contribuinte adquiriu arroz em outra unidade da Federação, não estornando o valor do crédito fiscal destacado nas notas fiscais de compras do mencionado produto. Meses de janeiro, março e maio de 2006.

O autuado reconhece não que estornou o crédito fiscal, alegando que por se tratar de produto que anteriormente fazia parte da cesta básica e tinha a sua alíquota estabelecida em 7%, por equívoco,

foi debitado o mesmo valor correspondente à referida alíquota de 7% no momento da venda do mencionado produto, sendo que o mesmo deveria ter saído com isenção e não pagaria mais ICMS.

Trata-se do crédito fiscal relativo ao produto arroz, constante nas notas fiscais de números 594540, emitida em 27/12/05; 43079, emitida em 23/02/06; 601497, emitida em 13/03/06, 606364, emitida em 29/04/06; 607450, emitida em 11/05/06, fls. 18 a 22 dos autos, e de acordo com o art. 78-A do RICMS/97, é reduzida em 100% a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão, tendo sido acrescentado o mencionado artigo ao RICMS/BA, por meio do Decreto 9.733/2005, com efeitos a partir de 22/12/2005.

Observo que a exigência de estorno de crédito nas operações de saídas com redução de base de cálculo encontra amparo na Lei Complementar nº 87/96 e na Lei 7.014/96, e tal previsão tem embasamento na Constituição Federal - art. 155, § 2º, o inc. II, letras “a” e “b”, abaixo reproduzido:

*“Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
§ 2º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:
I - será não cumulativo, compensando-se o que for devido em cada operação relativa à circulação de mercadorias ou prestação de serviços com o montante cobrado nas anteriores pelo mesmo ou outro Estado ou pelo Distrito Federal;
II - a isenção ou não-incidência, salvo determinação em contrário da legislação:
a) não implicará crédito para compensação com o montante devido nas operações ou prestações seguintes;
b) acarretará a anulação do crédito relativo às operações anteriores;”*

A Lei Complementar 87/96 em seu art. 21, inciso I, dispõe:

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

A Lei 7.014/96 trata dessa questão no mesmo sentido, ao estabelecer:

Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

I - for objeto de saída ou prestação de serviço não tributada ou isenta, sendo esta circunstância imprevisível na data da entrada da mercadoria ou da utilização do serviço;

Entendo que não assiste razão ao defendente em relação à falta de estorno do crédito fiscal, e se o imposto foi recolhido indevidamente deve ser solicitada a restituição do indébito, nos termos dos arts. 75 a 78 do RPAF/BA. Infração subsistente.

Infração 06: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques no exercício de 2006.

Em sua impugnação, o autuado alegou que constatou vários equívocos no levantamento fiscal, causados pelo *software* utilizado pelo autuante; que todas as notas fiscais foram indicadas no demonstrativo de entradas e de saídas ao mesmo tempo; e que algumas notas fiscais não aparecem no relatório de saída, citando como exemplo a NF 182811.

Reconhecendo a existência dos equívocos apontados pelo defensor, argumentando que os mencionados equívocos ocorreram por conta da utilização dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, encaminhados pelo contribuinte para o banco de dados da SEFAZ, os cálculos foram feitos pelo autuante quando prestou informação fiscal, o que importou na redução do débito para R\$4.875,16, conforme os novos demonstrativos de fls. 215/229.

Vale salientar, que à fl. 235, 254, 255/256 do PAF, o autuado foi intimado da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, sendo fornecidas as cópias da mencionada informação fiscal e planilhas (fls. 213 a 229 e 242 a 253 dos autos). Decorrido o prazo concedido, o defensor não se manifestou.

Observo que após o refazimento dos cálculos, foi constatado, no mesmo exercício (2006), diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis através de levantamento quantitativo, sendo o valor das saídas omitidas superior ao das entradas, por isso, é devido o imposto calculado sobre o valor da omissão de saídas, conforme art. 13, inciso I, da Portaria 445/98.

Acato os novos demonstrativos elaborados pelo autuante e voto pela subsistência parcial desta infração, no valor de R\$4.875,16, conforme Demonstrativo da Auditoria de Estoque à fl. 229 do presente PAF.

Infração 07: Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Vendas de bebidas alcoólicas (vinho, vodka, Whisky, conhaque, aguardente e rum) a partir de 01/10/2005 sem destaque do ICMS no corpo da nota fiscal, portanto, sem o recolhimento do imposto devido em tais operações, nos meses de outubro e novembro de 2005.

O defensor alega que por motivo da mudança na legislação, deveria levantar o seu estoque de bebidas alcoólicas existente, e solicitar à SEFAZ o crédito correspondente a estas mercadorias, tendo em vista que se tratava de mercadorias com ICMS pago antecipadamente. Diz que alguns dias após tomar conhecimento do que deveria ter feito, percebeu que já havia vendido todo o seu estoque sem destaque do ICMS.

Não acato a alegação defensiva e concordo com a opinião do autuante de que o defensor não comprovou à SEFAZ que possuía estoque de bebidas alcoólicas em 30/09/2005, conforme estabeleceu a legislação, por isso, não poderia alegar que possuía crédito fiscal do ICMS pago por substituição ou antecipação tributária relativo à aquisição das mercadorias objeto da autuação.

Saliento que tendo sido constado que a partir de 01/10/2005, o autuado realizou operações de vendas de mercadorias tributáveis como se fossem não-tributáveis, deve ser exigido o tributo, o que foi feito no presente Auto de Infração, e caso o autuado tenha como comprovar que possuía bebidas alcoólicas em estoque no dia 30/09/2005, ainda pode requer à Inspetoria Fazendária, a utilização extemporânea do respectivo crédito fiscal. Infração subsistente.

Quanto ao pedido apresentado pelo defensor para ser providenciado o refazimento dos cálculos, e que se observe o que estabelece o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal, e para tanto, que se proceda ao contraditório, observo que em obediência ao princípio do contraditório e da ampla defesa foi concedido o prazo regulamentar para o contribuinte apresentar impugnação. De acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Saliente que foi constatada a necessidade de refazimento dos cálculos somente em relação ao levantamento quantitativo de estoques (infração 06), o que foi realizado pelo autuante, e em obediência ao princípio do contraditório, foi concedido prazo para o defendant se manifestar sobre os novos demonstrativos, conforme intimação à fl. à fl. 235 do PAF, sendo fornecidas as cópias da informação fiscal e planilhas (fls. 213 a 229 dos autos). Decorrido o prazo concedido, o defendant não se manifestou.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206915.0010/07-7, lavrado contra **FLORANICE GAMA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.641,88**, acrescido das multas de 60% sobre R\$8.766,72 e 70% sobre R\$4.875,16, previstas no art. 42, incisos II, “a” e VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR