

A. I. N° - 269198.0066/09-6
AUTUADO - NORDESTE IRECÊ ATACADÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RIZERIO
ORIGEM - INFAT IRECÊ
INTERNET 27.11.2009

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0339-05/09

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO, NA ESCRITA FISCAL, DA SAÍDA DE MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. Infração comprovada. **b)** ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, se o valor das entradas omitidas for superior ao das saídas, deve ser exigido o imposto tomando-se por base o valor das entradas não declaradas, com base na 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. **c)** RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Assim ocorrendo, o adquirente assume a responsabilidade pelo imposto devido por quem lhe vendeu as mercadorias sem documentação fiscal e, por conseguinte, sem prova de que o tributo foi pago (responsabilidade solidária). **d)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS, SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Infração procedente. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **a)** REDUÇÃO INDEVIDA DA BASE DE CÁLCULO. Infração não elidida. **b)** DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO RAICMS. Infração comprovada. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. **a)** DESTINADAS A CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. **b)** DESTINADAS A ATIVO FIXO DO ESTABELECIMENTO. O pagamento da diferença de alíquotas tem fundamento na Constituição: art. 155, § 2º, VIII. Na Lei nº 7.014/96, é prevista no art. 4º, XV, e o cálculo é feito na forma estabelecida no art. 17, XI, e § 6º. Mantido o lançamento. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. SAÍDAS PARA CONTRIBUINTES INAPTOSS. Comprovado

que na data da ocorrência dos fatos geradores os contribuintes estavam com suas inscrições cadastrais inaptas no Estado da Bahia.

5. DOCUMENTOS FISCAIS.NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Os documentos não escriturados correspondem a operações de circulação de mercadorias efetuadas regularmente, sujeitas ao imposto. Infração comprovada.

6. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO PROPORCIONAL. SAÍDAS COM REDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. Saídas amparadas pelo Decreto nº 7.799, Atacadistas. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 29/04/2009, exige ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor histórico total de R\$77.711,91, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Multa de R\$ 100,00, referente aos exercícios de 2004 e de 2005.
2. 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 entrada – 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, no mesmo exercício. ICMS no valor de R\$ 6.493,89 e multa de 70%.
3. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 3.885,53 e multa de 70%.
4. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzido parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadoria sujeita ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado. ICMS no valor de R\$ 3.209,41 e multa de 60%.
5. Recolheu a menos o ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. ICMS no valor de R\$ 4.327,55 e multa de 60%.
6. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS. ICMS no valor de R\$269,74 e multa de 60%.
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 757,79 e multa de 60%.

8. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. ICMS no valor de R\$ 1.791,01 e multa de 60%.
9. Deixou de proceder à retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se às saídas para contribuintes inaptos, conforme demonstrativos anexos. ICMS no valor de R\$ 3.774,32 e multa de 60%.
10. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 2.228,09 e multa de 70%.
11. Deixou de efetuar o estorno de 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. Referente às saídas amparadas pelo Decreto nº 7799 – Atacadistas, conforme demonstrativos anexos. ICMS no valor de R\$ 50.874,58 e multa de 60%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 2322 a 2369, na qual tece os seguintes argumentos:

Na infração 1, aduz que esta infração foi absorvida pela cobrança de ICMS referente à omissão de entradas que gerou a cobrança por omissão de saídas anteriores na infração 2, apurados nos mesmos exercícios e com base no mesmo levantamento quantitativo de estoques.

Discorre que na infração 2 o autuante deveria ter apresentado, face ao princípio da verdade material, elementos e provas de que houve a omissão anterior de saídas, pois o mero levantamento quantitativo não basta para tanto. Considerando este fato, pede a nulidade da infração. Discorre sobre os princípios da legalidade e da moralidade do ato administrativo, e julga que estão ausentes a prova da materialização da infração.

Na infração 5, diz que trata-se de vendas a contribuintes equiparados, e que o auditor fiscal considerou como vendas para não contribuintes. O que se vê é que muitas vezes as ações fiscais passam a exigir substituição tributária quando verificam que houve venda de mercadoria para destinatários sem inscrição estadual e partem para a cobrança como se fossem contribuintes. Agora o que se vê é o inverso, está a glosar a aplicação do benefício, só por entender que seriam contribuintes não inscritos, que o autuado entende serem equiparados e por isso incidiria o benefício fiscal. Cita a Constituição Federal, art. 150, II, que veda tratamento desigual a contribuintes que estão em situação de igualdade. Traz decisões dos Tribunais referendando o princípio da isonomia.

Na infração 6, diz que não assiste razão ao autuado vez que os extratos de recolhimento gerados pela própria SEFAZ, doc.anexo indicam que os valores exigidos foram recolhidos desde 22/01/2009, não havendo razão para nova cobrança.

INFRAÇÃO 9 – Cobrou-se a antecipação tributária sob alegação de que se tratavam de contribuinte inaptos, contudo diversas inscrições estão regulares com o fisco, tais como: 57300852, 52434471, 50376720, 52902886, 39133803, 53378266.

INFRAÇÃO 11 – Diz que a maioria das mercadorias já foram adquiridas com redução da base de cálculo, previsto no Decreto nº 7.799/00, não havendo o que ser estornado. Contudo, o autuante adotou o entendimento de que todas as mercadorias haviam ingressado sob alíquota de 17%, o que não corresponde à verdade, pois houve compras de contribuintes que gozam do Regime descrito no Decreto nº 7.799/00. Relaciona o que pode ser verificado, haja vista que a revisão do lançamento pela contabilidade do autuado não pode esgotar toda a verificação, por causa do curto lapso de tempo, (30 dias), para revisar um levantamento em que somente o SAFA no levantamento quantitativo de saídas de 2005, contém 427 páginas e o de 2004, nada menos que mais de 536 páginas.

Assim, relaciona diversas notas fiscais já adquiridas com o benefício do Decreto nº 7.799/00, base de cálculo reduzida a 10%, e toma como exemplo os seguintes contextos:

a) Nota Fiscal nº 90816 – de 17/12/2005, verifica-se que o valor do ICMS creditado é equivalente a 10% do valor total ou 17% da base de cálculo. Daí não há o que se estornar, pois foi usado crédito de 10%, conforme determina o Decreto nº 7799/00.

b) O mesmo ocorreu com a Nota Fiscal nº 291353 de 19/12/2005.

Relata o entendimento da impropriedade de aplicação da Taxa SELIC, como índice para acréscimo moratório nas infrações 1 a 11, por entender inconstitucional.

Espera que seja deferida diligência fiscal, por preposto estranho ao feito, tendo em vista que o autuado restou impossibilitado de recompor todos os demonstrativos, devido ao curto espaço de tempo para apresentar a defesa, para que demonstre os equívocos cometidos pelo autuante e apresenta os quesitos:

- 1) considerando a infração 11, e demonstrado que houve notas fiscais cujo crédito correspondeu a uma alíquota de 10%, não havendo o que estornar, Após uma revisão completa no demonstrativo, restou ICMS a ser pago a título do referido estorno?
- 2) Considerando na infração 5 que foram detectadas inscrições inaptas, (não canceladas ou suspensas), requer seja deferida diligência para checagem de todas as inscrições objeto da ação fiscal, para que sejam excluídas as cobranças referentes às empresas regulares.

Confia que o pedido de diligência seja deferido, e os demais itens julgados improcedentes.

O autuante presta informação fiscal, fls. 2377 a 2380, e esclarece:

INFRAÇÃO 1 –Não procedem as alegações de defesa. A empresa, através de seus advogados, equivocou-se ao citar o Art. 42, §5º da Lei do ICMS, o Art. 13, alínea “d” da Portaria nº 445/98 e a extensa jurisprudência do CONSEF, pois tratam-se de fatos geradores distintos, isto é, a infração 1 trata de omissão de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis e a infração 2 de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, não havendo, portanto, como a segunda absorver a primeira.

INFRAÇÕES 2, 3 e 4 – Não procedem as alegações do autuado. O tom da defesa é estranho à instância em que se encontra o processo. O procedimento fiscal de levantamento quantitativo de estoque foi feito de acordo com as normas legais e regulamentares, materiais e processuais, utilizando o sistema oficial da SEFAZ, o SAFA, e fornecendo-se ao autuado cópia de todos os demonstrativos.

INFRAÇÃO 5 – A defesa alega que deveria ser aplicado o princípio da isonomia, que seriam vendas para contribuintes que são equiparados, apesar de não terem inscrição estadual. Não procedem as alegações da autuada. O tom da defesa é estranho à instância em que se encontra o processo.

INFRAÇÃO 6 – A defesa limita-se a alegar que não há imposto a recolher, mas não procedem as suas alegações. Conforme demonstrativo “AUDITORIA DO CONTA CORRENTE DO ICMS”, está demonstrado o recolhimento a menor do ICMS.

INFRAÇÃO 9 –Não procedem as alegações da defesa que cita inscrições estaduais que estariam ativas no presente. Entretanto, as infrações reportam-se à data da ocorrência do fato gerador, época em que tais empresas estavam inaptas.

INFRAÇÃO 11 – A defesa alega que foi considerado pela fiscalização que todas as entradas foram consideradas como se tivessem crédito de 17% e que o estorno cobrado foi superior ao supostamente devido. Alega que não foram anexadas as notas fiscais comprobatórias.

Não procedem as alegações da autuada. Conforme se pode ver nos demonstrativos anexados - AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - TERMO DE ACORDO - DEC. 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR – em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores superiores a 10%. Isso está demonstrado claramente. Quanto à alegação de que deveriam ser anexadas as cópias das notas fiscais, esclarecemos que a empresa está obrigada a fornecer

arquivo magnético e que possui uma movimentação muito grande. Como ela está obrigada a fornecer os arquivos magnéticos, presume-se que as informações sejam verdadeiras. Além disso, como se tratam de informações prestadas pela própria empresa, caberia a ela apresentar provas que contrariasse suas próprias informações.

Opina pela Procedência do lançamento.

O contribuinte manifesta-se quanto à informação fiscal, e relata que todo o procedimento fiscal deve buscar a verdade material e neste caso foi levantado parecer tributário na SEFAZ, em que se verifica que não deve haver estorno de crédito fiscal do benefício fiscal decorrente do Decreto nº 7.799/00. Transcreve o Parecer nº 06324/2009, datado de 20/04/2009, emanado na DITRI, e conclui que não é devido o estorno do crédito exigido na infração 11.

VOTO

Nego o pedido de diligência ou de perícia formulado na impugnação administrativa, pois entendo não ser necessário, face aos elementos constantes nos autos serem suficientes para a formação do meu juízo de valor acerca das infrações elencadas neste lançamento, a teor do art. 147, I, “a” do RPAF/99.

Inicialmente cabe apreciar as questões de nulidade do ato administrativo de lançamento, trazido pelo contribuinte na peça defensiva.

Invoca, o autuado, os princípios da legalidade, moralidade do ato administrativo tributário, e nesse sentido, lembro que tais princípios são requisitos dos atos administrativos, que se constituem de condições a serem observadas para sua válida edição.. Assim, na presente lide verifico que o ato administrativo de lançamento encontra-se consoante o princípio da legalidade, pois a autoridade administrativa atuou na existência de lei que assim determina, ou seja, teve atuação vinculada, obedecendo à previsão legal para tal fim. Ademais, na prática de um ato administrativo o agente público está obrigado a observar, não só a lei e os princípios jurídicos, mas também os decretos, as portarias, as instruções normativas, os pareceres normativos, em suma, os atos administrativos gerais relacionados à situação com que ele se depara. Quanto ao princípio da moralidade administrativa, este requer a atuação ética do agente público, sendo que o ato contrário à moral administrativa é nulo, por infração à probidade e boa-fé, o que não ocorreu no presente caso.

Neste sentido não vislumbro a ocorrência de atos ou procedimentos encetados pelo auditor fiscal, que tenham ferido a moralidade administrativa e possam invalidar os atos e procedimentos adotados neste Auto de Infração, tampouco realizados de modo ilegal ou contrários à lei e aos atos normativos.

Ademais, verifico que o auto de infração encontra-se revestido das formalidades legais, e obedeceu aos ditames previstos no art. 39 do RPAF/99.

Cabe ressaltar que não se inclui na competência desse órgão julgados a apreciação de questões sobre a constitucionalidade de lei ou atos normativos, art. 167 do RPAF/99.

No que pertine às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do art. 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no Art. 42 da Lei nº 7.014/96 e no Art. 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o recorrente, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que ela pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, e a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no

cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de constitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, o contribuinte não impugnou as infrações 7, 8 e 10, ficando mantidas.

Destaco que as infrações 1 a 4 foram constatadas por meio de levantamento quantitativo de estoques, relativo aos exercícios de 2004 e de 2005, tendo sido aplicado o roteiro previsto na Portaria nº 445/98, que disciplina essa espécie de Auditoria. Deste modo, os levantamentos efetuados pelo autuante encontram-se nas fls. 10 a 733, referente ao exercício de 2004, e de fls. 998 a 1565, relativo ao exercício de 2005, ambos objeto da autuação.

Na infração 1 está sendo objeto de apreciação o levantamento quantitativo de estoques, no qual foi apurado omissão de saída de mercadorias isentas e/ou não tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, em exercício fechado, e aplicada a multa de R\$ 100,00, referente aos exercícios de 2004 e de 2005.

Estabelece a Portaria nº 445/98, que dispõe sobre o alcance dos procedimentos na realização de levantamentos quantitativos de estoques por espécie de mercadorias, no caso de omissão de operações de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à tributação, deve ser aplicada a multa de R\$ 50,00, por descumprimento de obrigação acessória (art. 5, III).

Esta infração não tem qualquer relação com a infração 2, que exige ICMS sobre operações de mercadorias tributáveis, logo não é pertinente o pedido do sujeito passivo no sentido de que esta multa não deveria ser aplicada pois a multa da obrigação principal contida na infração 2 a absorveria. São distintas, portanto legítima a aplicação da multa ora analisada. Infração procedente, haja vista que a defesa não trouxe elementos capazes de desconstitui-la.

Na infração 2, a falta de recolhimento do ICMS foi 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 entrada – 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, no mesmo exercício.

A defesa alega que foram afrontados princípios constitucionais e que o mero levantamento quantitativo de estoque não basta para provar que houve omissão de saídas anteriores. Aduz que deveriam ser fornecidos elementos que comprovassem a autuação.

Contudo, não procedem as alegações do autuado, pois verificada a omissão no registro de entradas, o fato gerador efetivamente não ocorre na entrada das mercadorias no estabelecimento, mas a exigência do pagamento do imposto está embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizada anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto, conforme previsto na Lei nº 7.014/96, § 4º, art. 4º.

Verifico que não foram combatidos os números apresentados no levantamento de estoques, nem a base de cálculo do imposto, tendo o contribuinte recebido cópia de todos os demonstrativos, fls. fica mantida a infração na totalidade.

As infrações 3 e 4, são conexas, pois referem-se à omissão do registro de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, e estando a mercadoria ainda no estoque físico, ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento do imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V do RICMS/97), e do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo a título de crédito fiscal.

Constato que nos demonstrativos de constantes dos autos, estes procedimentos foram seguidos, e o levantamento quantitativo de estoque foi feito de acordo com as normas legais e regulamentares, materiais e processuais, utilizando o sistema oficial da SEFAZ, o SAFA, e fornecendo-se ao autuado cópia de todos os demonstrativos.

Infrações mantidas.

Na infração 5, consta a acusação de que houve o recolhimento a menos de ICMS em razão de utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Ocorre que o contribuinte possui Termo de Acordo, Atacadista, Decreto nº 7799, e teria reduzido indevidamente a base de cálculo nas saídas destinadas a não contribuintes, o que implicou no recolhimento a menos do ICMS.

O autuante após levantar as reduções indevidas da base de cálculo, recompôs a conta corrente do ICMS, conforme demonstrativos anexos, fls. 1593 a 2200, e de fl. 1567 (exercício de 2005)

Determina o Decreto nº 7.799 de 07 de maio de 2000, que nas operações de saídas internas de estabelecimentos inscritos no cadastro de contribuintes de ICMS, sob os códigos de atividades econômicas constantes do Anexo único que integra o Decreto, destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia, a base de cálculo das mercadorias relacionadas aos códigos de atividades constantes nos itens 1 a 16 do referido anexo, poderá ser reduzida em 41,176%, desde que o valor global das saídas destinadas a contribuintes do ICMS corresponda, no mínimo em cada período de faturamento, aos percentuais de faturamento, estabelecidos no art. 1º do diploma legal.

O contribuinte na peça de defesa alega que deveria ser aplicado o princípio da isonomia, pois seriam vendas para contribuintes que são equiparados, apesar de não terem inscrição estadual.

Entendo que este argumento não pode ser aproveitado, pois não foram trazidos provas desta assertiva, ademais, é condição imposta no Decreto nº 7.799/00, que as mercadorias sejam destinadas a contribuintes inscritos no CAD-ICMS do Estado da Bahia. Portanto, fica mantida a infração em sua totalidade. Ressalto que os dados foram coletados nos arquivos magnéticos enviado pelo contribuinte para a SEFAZ, conforme SIFRA, Banco de Dados.

Na infração 6, está sendo exigido ICMS em razão de recolhimento a menos, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.

O contribuinte nega que recolheu a menos o ICMS, mas o levantamento de Auditoria de Conta Corrente de ICMS, fl. comprova a ocorrência. Neste caso, aplico o disposto no art. do RPAF/99, segundo o qual *“a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”*.

Infração mantida.

A infração 9 aponta que o sujeito passivo deixou de proceder a retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Refere-se às saídas para contribuintes inaptos, conforme demonstrativos anexos, fls. 956 a 984, (2004) e de fls. 1572 a 1592. ICMS no valor de R\$ 3.774,32 e multa de 60%.

Na defesa foi alegado que os contribuintes destinatários das mercadorias estariam com suas inscrições aptas, não tendo objeto a infração apontada. Contudo, conforme demonstrado os destinatários estavam à época das aquisições com suas inscrições cadastrais canceladas. Deste modo, prevalece a autuação, mesmo porque não foram trazidas provas da assertiva da defesa, haja vista que as inscrições cadastrais apontadas na defesa, de números 057.300.852; 050.376.720; 052.434.471; 053.378.266; 052.902.886, estavam inaptas em períodos do ano de 2004, procedente a infração.

Na infração 11, o contribuinte não efetuou o estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor

correspondente à parte proporcional da redução. Referente às saídas amparadas pelo Decreto nº 7799 – Atacadistas, conforme demonstrativos anexos.

A defesa alega que foi considerado pela fiscalização que todas as entradas tiveram crédito de 17% e que o estorno cobrado foi superior ao supostamente devido. Alega que não foram anexadas as notas fiscais comprobatórias.

Entendo que não procedem as alegações do autuado, conforme se pode ver nos demonstrativos anexados - AUDITORIA EM DOCUMENTOS E LANÇAMENTOS - TERMO DE ACORDO – DECRETO Nº 7.799 - ESTORNO DE CRÉDITO A MENOR – fls. 985 a 996, pois em todas as operações discriminadas só foram cobrados os estornos de créditos de valores superiores a 10% e isto está demonstrado claramente.

Rejeito também a alegação de que deveriam ser anexadas as cópias das notas fiscais, haja vista que a empresa está obrigada a fornecer arquivo magnético e possui uma movimentação muito grande. Como ela está mesma forneceu os arquivos magnéticos, presume-se que as informações sejam verdadeiras, até prova em contrário, o que não foi feito pelo autuado, fato que se depreende por não ter apontado erros nos arquivos magnéticos, nem foram trazidos documentos fiscais para comprovar qualquer divergência neles e nos arquivos magnéticos. Portanto, como se tratam de informações prestadas pela própria empresa, caberia a ela apresentar provas que contrariasse suas próprias informações.

O contribuinte manifestou-se quanto à informação fiscal, e relata que todo o procedimento fiscal deve buscar a verdade material e neste caso foi levantado parecer tributário na SEFAZ, em que se verifica que não deve haver estorno de crédito fiscal do benefício fiscal decorrente do Decreto nº 7.799/00. Transcreve o Parecer nº 06324/2009, datado de 20/04/2009, emanado na DITRI, e conclui que não é devido o estorno do crédito exigido na infração 11.

Para os devidos esclarecimentos, transcrevo a resposta da DITRI, fls. 2389/2390, “O art. 6º” do citado Decreto preceitua:

“Art. 6º Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da base de cálculo do imposto utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias.”

Diante do exposto conclui-se que o contribuinte deverá proceder ao estorno de crédito superior a 10% apenas nas aquisições de mercadorias cujas saídas subsequentes sejam alcançadas pelo benefício da redução da base de cálculo. Por outro lado, não será devido o estorno do crédito do imposto vinculado às saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro estadual, afastada a aplicabilidade da disciplina prevista no art. 6º do referido decreto.

Ou seja, não será devido o estorno do crédito do imposto vinculado às saídas de mercadorias destinadas a contribuintes não inscritos no cadastro estadual, visto que nestes casos as operações serão tributadas normalmente, afastada a aplicabilidade da disciplina prevista no art. 6º do referido decreto.

De todo o exposto, concluo que o autuante tem razão, pois observou o limite de 10%, do crédito a que o contribuinte tem direito e está exigindo apenas o excedente.

Infração mantida.

Deste modo, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologado os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269198.0066/09-6, lavrado contra **NORDESTE IRECÊ ATACADÃO DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$77.611,91, acrescido das multas de

70% sobre R\$12.607,51 e 60% sobre R\$65.004,40, previstas no art. 42, incisos III, II, alíneas “d”, “a”, “b”, “f” e “e” e VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$100,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR