

A. I. - 293872.0001/10-8
AUTUADO - MIX IDEAL ATACADO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
INTERNET - 20.05.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0115-05/11

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal de mercadoria com fase de tributação encerrada. Exigência subsistente. 2. DOCUMENTOS E LIVROS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIAS, SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO, SEM O DEVIDO REGISTRO NA ESCRITA FISCAL. MULTA. Comprovada a devolução das mercadorias antes da entrada no estabelecimento. Exigência insubsistente. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Tal diferença constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão de documento fiscal. Razões de defesa não elidem a imputação. Exigência subsistente. Rejeita a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 22/09/2010, exige do autuado débito no valor de R\$ 92.576,24, inerente aos exercícios de 2006 a 2007, conforme mídia e documentos às fls. 12 a 234, em razão das seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 4.122,63, referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária;
2. Multa percentual de 10%, no total de R\$ 8.731,08, incidente sobre o valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;
3. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$ 79.722,53, relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas, apurado, mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o valor de maior expressão monetária – o das saídas tributáveis.

O autuado apresenta, tempestivamente, peça impugnatória ao lançamento de ofício, às fls. 236 a 245, na qual, em relação à terceira infração, preliminarmente, arguiu a nulidade por cerceamento de defesa, sob a alegação de que não lhe foi disponibilizado o demonstrativo de levantamento referente à entrada dos produtos, uma vez que no “CD AUTENTICADO” só constam os demonstrativos dos cálculos das supostas omissões de saída referentes aos períodos de 2006, 2007 e 2008.

No mérito, quanto à primeira infração, salienta o contribuinte que se equivocou o autuante acerca do enquadramento das mercadorias, ora entendendo isenta de tributação mercadoria que deve ser tributada, ora entendendo como substituída mercadoria que não está sob esse regime, a exemplo:

I) “ARROZ INT CATETO NATUSG 50 e ARROZ CERRETEIRO MAGGI 15”, devidamente tributados, pelo antecedente tributário, gerando crédito pelo autuado, tendo em vista que não são produtos isentos nem substituídos, já que o primeiro é de natureza animal e o segundo vem pronto da indústria, temperado, o que difere do arroz comum, o qual o RICMS/BA isenta de tributação.

II) “AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL”, que nada mais é do que o adoçante, e, assim sendo, a tributação é em regime normal e, conseqüentemente, o direito ao crédito fiscal, visto que, no RICMS, o açúcar comum é que é tributado por substituição tributária.

III) “ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85 G C/4”, que é álcool utilizado para churrasco, com tributação normal e, por óbvio, com direito à utilização do crédito fiscal, pois o RICMS/BA prevê a substituição tributária nos casos de álcool líquido e em gel.

IV) “NESCAU BARRA DE CHOCOLATE 30”, que se trata de barra de cereal, sabor chocolate, apresenta tributação normal, com direito à utilização do crédito fiscal, pois o RICMS prevê a substituição tributária para barra de chocolate.

Salienta o defendente que procedeu à devida tributação, quando das saídas destes produtos, e, em decorrência, o máximo que se poderia supor seria a desobediência a uma obrigação acessória, já que, segundo o impugnante, não houve prejuízo ao fisco, tendo em vista o recolhimento do tributo nas saídas das mercadorias, do que pede a improcedência da aludida infração.

Inerente à segunda infração, diz que a suposta entrada de mercadorias sem o devido registro não passa de um equívoco causado por uma prática comum aos estabelecimentos supermercadistas, qual seja, a devolução da mercadoria antes da sua entrada no estabelecimento, tendo em vista possível avarias, erros, etc., conforme comprovado por meio de notas fiscais de entrada no estabelecimento do fornecedor, anexas à defesa. Assim, não existindo entrada do produto no estabelecimento do autuado, aduz o apelante que não há de se falar em registro na escrita fiscal e em infração à legislação. Pede a improcedência da citada infração.

Pertinente à terceira infração, caso superada a nulidade apresentada, destaca que a presente exigência não merece prosperar totalmente pelo seu próprio mérito e que foi em parte considerada procedente pelo defendente que, diante de tal entendimento, já promoveu o devido pagamento no valor de R\$ 30.750,00, conforme DAE anexo à defesa. Salienta que a suposta falta de recolhimento de saídas se deu pela não observação do autuante da existência de procedimento de troca, do que entende não configurar omissão, pois teve o tributo recolhido, do que cita exemplos.

Também, diz que, em algumas situações, ocorrem equívocos no cadastro de entrada dos produtos que, quando observados, são sanados imediatamente, a exemplo de “CALDO VIRMONT CARNE 24X19G” e “CALDO VIRMONT GALINHA 24X19G” (Nota Fiscal de Entrada nº 9862 e de Venda nº 3453), que vem em uma caixa com 15 cartelas com 24 tabletes e foi dada a entrada considerando a venda unitária, que na realidade não é comercializada. Dessa forma, foi dada entrada com embalagem de 360 unidades, quando o correto seria de 15. Assim, o autuado pede a improcedência da infração.

Por fim, requer que as infrações 1 e 2 sejam julgadas improcedentes e a infração 3, pelas razões acima expostas, parcialmente procedente e que seja homologado o pagamento parcial, do que anexa, como prova de suas alegações, documentos às fls. 246 a 276, 280 e 281 dos autos.

Na informação fiscal, apresentada às fls. 284 a 287, o autuante, preliminarmente, aduz não procederem as alegações de cerceamento de defesa suscitadas pelo autuado, em relação à infração 03, tendo em vista que a presente lide apresenta os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator. Registra que foram entregues ao autuado cópias de todos os

demonstrativos e notas fiscais anexadas aos autos, juntamente com um CD contendo as planilhas e cálculos referentes às infrações apuradas, conforme termo de entrega (fl. 11). Quanto ao levantamento de entradas das mercadorias, salienta que se pode observar que na relação dos arquivos eletrônicos entregues ao contribuinte encontram-se os levantamentos das notas fiscais de entradas das mercadorias referentes aos exercícios de 2006, 2007 e 2008.

No mérito, quanto à primeira infração, aduz que o produto “ARROZ” possui uma redução de base de cálculo de 100% nas operações internas, conforme art. 78-A do RICMS/BA e que o art. 100, II, do mesmo regulamento, determina o estorno do crédito fiscal proporcional à redução. Diz que a legislação tributária não específica que tipo de arroz recebe o benefício fiscal. Assim, entende não ser devido o crédito fiscal do produto, uma vez que a saída está desonerada do imposto.

Inerente ao “ÁLCOOL”, destaca que o produto encontra-se enquadrado na substituição tributária e está previsto no art. 353, incisos II, item “33”, e IV, do RICMS/BA (uso não automotivo e combustível).

Em relação aos produtos “AÇÚCAR” e “BARRA DE CHOCOLATE”, aduz que não há como se confundir as descrições dos produtos como sendo “ADOÇANTE” e “BARRA DE CEREAL”, uma vez que, nos próprios livros de Registros de Inventário do autuado, anexos aos autos, pode-se observar que as mercadorias possuem descrições diferenciadas. Assim, mantém na íntegra a infração.

No tocante à segunda infração, aduz o autuante que, ao analisar as notas fiscais anexadas na defesa, confirmou, em parte, a alegação defensiva de que houve devolução das mercadorias em relação às seguintes Notas Fiscais n^{os}: 12433 (exercício de 2007); 308577, 278075, 369847 e 67718 (exercício de 2008), do que retifica a aludida infração para o montante de R\$ 693,60.

Inerente à terceira infração, não acata os argumentos defensivos, pois, se a troca das mercadorias ocorresse mediante determina a legislação tributária, não seriam constatadas as omissões. Também, aduz que não procede a alegação de que o produto “Filme Polietileno Stretch” é utilizado como insumo interno, pois a empresa é uma distribuidora atacadista de supermercados e a mercadoria foi lançada no livro Registro de Entradas com o CFOP 1102 (compra para comercialização), inclusive se creditando do ICMS.

No que diz respeito aos produtos “Caldo Virmont Carne 24x16g” e “Caldo Virmont Galinha 24x16g”, tendo o autuado alegado que houve erro ao lançar nos arquivos magnéticos os referidos produtos, inerentes à Nota Fiscal de n^o 9862 (2006), uma vez que os lançamentos foram efetuados pelos preços unitários e não pelos valores em caixas de 15 que são comercializados, o autuante confirma o fato, entretanto, diz que, ao efetuar a correção, apurou uma base de cálculo e valor do ICMS maiores do que os valores encontrados anteriormente, o que majora em R\$ 263,98, no exercício de 2006, a aludida infração, o que perfaz o montante de R\$ 79.986,51.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

Cientificado da informação fiscal, o sujeito passivo se manifesta, às fls. 290 a 298 dos autos, na qual, em relação à primeira infração, diz que o autuante não verificou devidamente o quanto disposto na peça de impugnação e, equivocadamente, manteve integralmente a infração. Reitera que a suposta utilização indevida do crédito tributário decorreu, exclusivamente, de mero equívoco do autuante quanto ao enquadramento das mercadorias analisadas, tendo em vista a não observância devida do código do NCM, ora entendendo isenta de tributação mercadoria que deve ser tributada, ora entendendo como não substituída mercadoria que não está sob esse regime. Alega que “BARRA DE CHOCOLATE” a que o autuante se refere, na verdade, se trata de “NESCAU BARRA CHOCOLATE 30”, cujo código NCM, conforme disposto na nota fiscal, sinaliza como “BARRA DE CEREAL” que, pelo RICMS, é sujeito à tributação “por substituição”. Daí o creditamento devido realizado pelo contribuinte. Diz que esse mesmo equívoco de enquadramento se repetiu em relação às demais mercadorias apontadas na impugnação. Por fim, reafirma que procedeu à devida tributação de saídas dos produtos, do que entende caber, no máximo, obrigação acessória.

Quanto à segunda infração, inerente ao valor remanescente, relativo a duas notas fiscais, anexas às fls. 299 e 300 dos autos, diz ser pelo mesmo motivo, indevido, pois as mercadorias não chegaram a ingressar no estabelecimento. Pede a improcedência da segunda infração.

Inerente à terceira infração, reitera em todos os termos, preliminarmente, diante da insuficiente argumentação do autuante, a existência de nulidade, conforme anunciado na impugnação, visto que, segundo o apelante, os documentos entregues ao contribuinte sobre a ação fiscal não foram suficientes para determinar, com precisão, o mecanismo de apuração realizado, obstando o amplo direito de defesa. Reafirma que não foi disponibilizado o demonstrativo de levantamento referente à entrada dos produtos e, com apenas o levantamento de saída, não pode verificar, efetivamente, qual o parâmetro utilizado para apurar a infração. Assevera que foi entregue ao contribuinte um CD autenticado contendo demonstrativos dos cálculos das supostas omissões de saídas, entretanto, em tal mídia, não constava o demonstrativo referente às entradas de mercadorias, através do qual o contribuinte poderia observar a real existência ou não das omissões.

Ainda sobre a infração 3, salienta que o autuante informa uma majoração no valor de R\$ 79.722,53 para R\$ 79.986,51, contudo, independentemente da análise do preposto fiscal, é inadmissível que o valor da infração seja majorado, em sede de manifestação, após a fase de impugnação.

Destaca que a aludida infração 3 foi considerada parcialmente procedente pelo contribuinte, em cerca de R\$ 63.865,19, que promoveu o seu parcelamento, quitando-se a primeira parcela com o pagamento do valor total de R\$ 30.750,00, sendo o valor remanescente impugnado em razão de que parte das mercadorias foram objeto de troca e também alvo de tributação quando da sua saída da empresa, como também em razão dos produtos “Caldo Virmont Carne” e “Caldo Virmont Galinha”, os quais não houve omissão de saídas, conforme Notas Fiscais de Entradas n^{os} 9873 e 9862 e Notas Fiscais de Saídas n^{os} 3735 e 5453, as quais comprovam as quantidades de ingresso e de saída de 51.480 unidades. Assim, pede a improcedência da infração.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente em relação às infrações 01 e 02 e parcialmente procedente em relação à infração 3, homologando-se o pagamento efetuado.

Às fls. 303 a 305 dos autos, consta extrato com o pagamento do valor reconhecido pelo autuado, em relação à parte dos valores exigidos na terceira infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$ 92.576,24, relativo as três infrações.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo defendente, sob alegação de cerceamento de defesa, em relação à infração 03, uma vez que, ao contrário do que afirma o apelante, os levantamentos referentes à entrada dos produtos, objetos de auditoria de estoque, foram sim entregues ao contribuinte, por meio de mídia eletrônica (“CD AUTENTICADO”), conforme “Recibo de Arquivos Eletrônicos”, à fl. 11 dos autos, o qual foi subscrito pelo preposto do autuado, com cargo de “Gerente Fiscal”, o qual recebeu, também, o Auto de Infração e os demais demonstrativos.

No mérito, quanto à infração 1, a qual exige o crédito fiscal do ICMS utilizado indevidamente, referente às aquisições de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, consoante demonstrado às fls. 15 a 35 do PAF, verifica-se que o autuado se insurge quanto aos produtos:

1. “ARROZ INT CATETO NATUSG 50 e ARROZ CARRETEIRO MAGGI 15”, sob a alegação de que são tributados normalmente, pois o primeiro é de uso para animal e o segundo vem temperado da indústria;
2. “AÇÚCAR LIGHT LOWCUC FEFIL”, por se tratar de adoçante e, conseqüentemente, tributado;
3. “ÁLCOOL SÓLIDO LUMIX 85G C/4”, utilizado para churrasco, com tributação normal;

4. “NESCAU BARRA CHOCOLATE 30”, por se tratar de barra de cereal, tributado normalmente.

Conforme bem ressaltou o autuante, em sua informação fiscal, o art. 78-A do RICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, prevê que “*É reduzida em 100% (cem por cento) a base de cálculo das operações internas com arroz e feijão*”, logo, o benefício fiscal é genérico ao arroz e feijão e, em consequência, nos termos do art. 29, § 4º, inciso II, da Lei nº 7.014/96, é vedado o crédito relativo à mercadoria entrada no estabelecimento para comercialização, quando a operação de saída subsequente não for tributada ou estiver isenta do imposto, exceto a destinada ao exterior.

Já o álcool, tanto para uso não automotivo ou carburante, o produto está sujeito ao regime de substituição tributária, consoante art. 353, incisos II, item 33, e IV, do RICMS, não sendo permitido o crédito fiscal relativo às entradas.

Igual sorte coube aos produtos açúcar e barra de chocolate, que também estão enquadrados no regime de substituição tributária, não tendo o autuado se desincumbido de comprovar documentalmente sua alegação de que se tratam, respectivamente, de adoçante e de barra de cereal.

Assim, diante de tais considerações, subsiste a infração 1 em sua integridade.

No tocante à infração 2, relativa à exigência de multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, sujeitas à tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, o sujeito passivo, quando da sua impugnação, comprovou que parte das mercadorias, objeto desta infração, foi devolvida antes de ingressar no estabelecimento, conforme Notas Fiscais nºs 12433, 308577, 278075, 369847 e 67718, o que foi acatado pelo autuante em sua informação fiscal, remanescendo o valor de R\$ 693,60, relativo às Notas Fiscais de nºs 34694 e 86456 (fl. 37), as quais, posteriormente, também, foram comprovadas as suas devoluções, conforme documentos fiscais às fls. 299 e 300 dos autos. Sendo assim, inexistente valor a exigir, logo a infração é insubsistente.

Por fim, em relação à infração 3, a qual exige o imposto decorrente da constatação de omissão de saídas apurado através de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, cujo levantamento se baseou nos dados fornecidos pelo próprio contribuinte através dos arquivos magnéticos SINTEGRA, estando a aludida auditoria de estoque fundamentada em levantamentos de estoques iniciais e finais, entradas e saídas por espécie de mercadorias, consoante diversos demonstrativos e levantamentos apensados aos autos, cujas cópias foram entregues ao sujeito passivo, verifico que, apesar de o contribuinte ter reconhecido R\$ 63.865,19 do montante exigido de R\$ 79.722,53, os argumentos defensivos são insuficientes para elidir a imputação fiscal, quanto à parte não acolhida, visto ser inconcebível sua alegação de que a suposta falta de recolhimento de saídas se deu pela existência de procedimento de troca, como também de que, em algumas situações, ocorrem equívocos no cadastro de entrada dos produtos, a exemplo de “CALDO VIRMONTE CARNE 24X19G” (CÓD. 1623478) e “CALDO VIRMONTE GALINHA 24X19G” (CÓD. 1650335).

Quanto à aludida existência de troca, caberia ao contribuinte o cumprimento do quanto determina a legislação tributária, emitindo a documentação necessária da entrada do produto e respectiva saída, de forma a comprovar a operação.

No tocante ao exemplo citado sobre equívocos no cadastro de entradas dos produtos, o único palpável, não merece ser acolhido, pois, conforme apurou o autuante em sua informação fiscal, à fl. 286 dos autos, após as devidas correções, o valor se agravaria. Tais cálculos decorreram da aplicação da quantidade de caixas, constantes da Nota Fiscal de nº 9862, ínsita no arquivo do Levantamento de Entradas (fls. 32 e 33 do CD), pela quantidade de tabletes (24), apurando o total das cartelas entradas, quanto ao referido documento fiscal, conforme pretendido pelo autuado, e somado à quantidade apurada na Nota Fiscal de nº 9873, corretamente lançada no SINTEGRA, procedendo da mesma forma quanto aos Documentos de Saídas de nºs 3453, 3573 e 3735 (fls. 164 e 168 do Levantamento de Saídas no CD), cujos cálculos o autuado teve ciência (fl. 288).

Do exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** do Auto de Infração, no valor de R\$ 83.845,16, mantendo-se, integralmente, as exigências relativas às infrações 1 e 3, devendo homologar as importâncias já recolhidas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **293872.0001/10-8**, lavrado contra **MIX IDEAL ATACADO E DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$83.845,16**, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.122,63 e 70% sobre R\$79.722,53, previstas no artigo 42, incisos VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo-se homologar os valores recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de maio de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO.DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA