

A. I. Nº - 277829.0026/11-5
AUTUADO - COMERCIAL DE FRUTAS LÍDER LTDA.
AUTUANTE - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 11.06.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0144-04/12

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS DOCUMENTOS FISCAIS E OS LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A natureza dos Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005 é meramente autorizativa, e os mesmos não estavam vigentes neste Estado à época dos fatos. Infrações 01 e 02 caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. As aquisições interestaduais de maçãs e pêras encontravam-se sujeitas à tributação normal, por força do Convênio ICMS 07/1980. No que tange às demais notas, em relação às quais o contribuinte aponta a falta de cômputo dos créditos, em função do suposto fato de as inscrições dos remetentes terem sido canceladas após os fatos geradores, não foram tradidas provas aos autos. Infração 03 caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** VALORES ORIGINÁRIOS DE DOCUMENTOS FISCAIS INIDÔNEOS. Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que for emitido por contribuinte fictício, que não estiver mais exercendo suas atividades ou que se encontre com sua inscrição desabilitada no Cadastro do ICMS. Infração 04 caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES COM SAÍDAS SUBSEQUENTES ISENTAS. A utilização de créditos fiscais decorrentes da aquisição de material de embalagem fica condicionada às determinações do RICMS/1997, inclusive àquela concernente ao cálculo da proporcionalidade. Infração 07 caracterizada. 4. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE CONSUMO. As mercadorias objeto do lançamento foram destinadas ao uso e consumo da área administrativa do estabelecimento. Retirada da exigência a operação de arrendamento mercantil. Infração 05 parcialmente elidida. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE ATIVO IMOBILIZADO. Ilícito tributário não impugnado. Infração 06 mantida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado no dia 30/09/2011, exige ICMS no valor histórico de R\$ 75.935,67, sob a acusação do cometimento das irregularidades abaixo discriminadas.

Infração 01 – Falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS de R\$ 29.434,84 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “a” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 02 – Recolhimento a menor, em decorrência de desencontro entre os valores pagos e os escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS). Imposto de R\$ 19.576,89 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “b” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 03 – Recolhimento a menor do imposto por antecipação parcial, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com o objetivo de comercialização. ICMS de R\$ 10.087,42 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” e “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 04 – Utilização indevida de crédito, concernente a documentos fiscais falsos ou inidôneos. Imposto de R\$ 2.388,11 e multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “j” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 05 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outros estados destinadas ao consumo do estabelecimento. ICMS de R\$ 4.046,06 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 06 – Falta de recolhimento das diferenças entre as alíquotas internas e as interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outros estados destinadas ao ativo imobilizado do estabelecimento. ICMS de R\$ 3.815,91 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “f” da Lei nº 7.014/1996.

Infração 07 – Utilização indevida de crédito, referente a aquisições com saídas subsequentes beneficiadas pela isenção. Consta que se refere a compras de embalagens de mercadorias tributáveis e isentas, tendo sido efetuada a proporcionalidade prevista no art. 100, §1º, RICMS/1997. Imposto de R\$ 6.586,44 e multa de 60%, prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/1996.

O contribuinte ingressa com impugnação às fls. 2.044 a 2.061.

Referindo-se à infração 01, discorda da imputação sob a justificativa de que os valores estão devidamente escriturados no LRAICMS (anexos 05 a 08 da defesa). Insurge-se também contra a segunda infração, por ter recolhido os montantes que entendeu serem os pertinentes (anexos 01 a 04).

Objetivando esclarecer as suas razões defensivas, elabora planilha da conta corrente do imposto em 2007 e 2008 (anexos 09 e 10), ressaltando que no demonstrativo fiscal os “outros créditos” não foram computados em sua totalidade. Segundo alega, em agosto, setembro e outubro de 2007 não foi considerado o crédito presumido concernente à aquisição de frutas, nos termos dos Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005, transcritos às fls. 2.047/2.048.

Quanto à infração 03, sustenta que a autuante não registrou o documento de arrecadação estadual (DAE) datado de 20/08/2007, cuja competência é março de 2007 e código 0759 (ICMS normal), retificado para 1006, onde estão informadas as notas fiscais objeto da substituição (anexos 11 e 12).

O valor de R\$ 74,39, referente à data de ocorrência 30/06/2007, diz respeito à nota fiscal 1505, do fornecedor BRB Importação e Exportação de Alimentos Ltda., recolhido através de DAE com competência de julho de 2007 em 27/08/2007 (anexo 15).

No tocante à data de ocorrência 30/09/2007, assevera que a cobrança refere-se à nota fiscal 008.974 (anexo 16), cuja operação não gera efeitos fiscais, uma vez que foi cancelada. As transações atinentes à ocorrência de 31/12/2007, conforme aduz, encontravam-se amparadas pela isenção, de acordo com o art. 14, I, RICMS/1997 (compras de maçãs e pêras).

Não foram considerados, relativamente à data de 31/01/2008, os créditos das notas fiscais 4.942 (anexo 17), 4.957 (anexo 18) e 5.028 (anexo 19). Diz não ter identificado o motivo da glosa, já que o fornecedor só teve sua inscrição cancelada no dia 31/03/2008, posterior às entradas (anexo 20).

Prossegue comentando a exigência de 29/02/2008, na qual, a seu ver, o crédito da nota fiscal 5.150 (anexo 21) não foi computado. Alega não ter identificado a razão do estorno, já que o fornecedor só teve sua inscrição cancelada no dia 31/03/2008, posterior às entradas (anexo 20).

Idênticos são os argumentos referentes a 31/02/2008, ou seja, não teriam sido registrados os créditos das notas fiscais 5.308 (anexo 22) e 5.178 (anexo 35). Diz não ter identificado o motivo da glosa, já que o fornecedor só teve sua inscrição cancelada no dia 31/03/2008, posterior às entradas (anexo 20).

Igualmente, no tocante a 30/04/2008, destacando a sua boa fé na transação comercial, aponta o crédito supostamente glosado da nota fiscal 5.344 (anexo 23), que transitou com a permissão do fisco, conforme carimbo aposto no próprio documento. Apresenta as mesmas razões concernentes à data de cancelamento da inscrição do fornecedor.

Traz igual argumentação para as datas de 31/05/2008 e 31/07/2008: créditos das notas fiscais 5.508 (anexo 24), 5.529 (anexo 25) e 218 (anexo 34). Por fim, no que tange à data de 30/11/2008, aduz que o valor foi pago através do DAE constante do anexo 26.

Com referência à infração 04, relativamente à data de ocorrência 31/03/2007, assevera que a autuante não acatou o DAE de competência 03/2007, recolhido em 20/08/2007 sob o código 0759 (ICMS normal), retificado para o 1006 (anexos 11 e 12), tendo destacado os números das notas no documento e recolhido o imposto na condição de substituto tributário. Com relação à nota 6.721 (anexo 33), o ingresso ocorreu em 09/03/2007 e o cancelamento da inscrição do fornecedor em 31/03/2008.

Em todos os itens da peça, sublinha as questões relativas às datas de cancelamento das inscrições estaduais dos remetentes, à sua boa fé e aos carimbos em postos fiscais.

Em rebate ao lançamento com data de 31/02/2008, pontua que o fisco não considerou os créditos das notas fiscais 5.308 (anexo 22) e 5.178, assim como as de números 5.344 (anexo 23; data de ocorrência 30/04/2008), 5.508 (anexo 24; data de ocorrência 31/05/2008), 5.529 (anexo 25; data de ocorrência 31/05/2008) e 218 (anexo 34; data de ocorrência 31/07/2008).

Em seguida, defende-se da acusação da quinta infração sob o argumento de que os materiais referem-se a embalagens utilizadas na comercialização de produtos, não no consumo, o que afirma com fundamento no art. 93, I, “a”, RICMS/1997, transrito à fl. 2.058. Argumenta que a operação designada na nota fiscal 712.206 (anexo 36), de 11/12/2008, trata de arrendamento mercantil de balanças, não caracterizando, assim, o negócio jurídico compra e venda.

Não impugna a sexta infração (fl. 2.059).

Afirma que as aquisições constantes do levantamento fiscal da infração 07 foram de caixas de papelão ondulado, utilizadas em substituição àquelas que acondicionam os produtos. Discorda da aplicação do art. 100 do RICMS/1997, pois não se sabe com exatidão como as caixas foram utilizadas nem em que mês.

Conclui pleiteando a “nulidade parcial” do Auto de Infração.

Na informação fiscal, de fls. 2.105 a 2.113, a auditora autuante afirma que as alegações do contribuinte são protelatórias e não procedem.

Relativamente às infrações 01 e 02, o suposto crédito presumido não é pertinente, de acordo com a consulta feita pelo próprio sujeito passivo à Diretoria de Tributação (fls. 2.113/2.114). No que respeita à infração 03, sublinha que teve o cuidado de analisar a arrecadação do estabelecimento nos sistemas informatizados da SEFAZ (fls. 2.124 a 2.127), pelo que não teria cabimento alegar falta de cômputo de quantias efetivamente recolhidas.

Quanto à infração 04, transcreve às fls. 2.111/2.112 os arts. 209, VII, “b” e 97, VII do RICMS/1997, para dizer que o autuado adquiriu mercadorias em sociedades empresárias com os seus respectivos cadastros irregulares. As datas de aquisições e cancelamento de inscrições não condizem com o quanto alegado na defesa.

Ao discorrer sobre a quinta infração, argumenta que as mercadorias objeto do lançamento, conforme se observa nos demonstrativos de fls. 37/38, se destinam ao uso e consumo na área administrativa, a exemplo de envelopes, fardamento, material para manutenção da loja etc.

Tratando da sétima e última infração, transcreve os arts. 5º, I; 97, I, “a” e § 1º e 100, § 1º do RICMS/1997 (fls. 2.112/2.113), argumentando que a utilização de créditos fiscais decorrente da aquisição de material de embalagem fica condicionada às suas determinações, inclusive àquela atinente ao cálculo da proporcionalidade.

Requer a procedência da autuação.

Às fls. 2.130/2.131 foram colacionados comprovantes de pagamento parcial.

VOTO

Os pressupostos de validade do procedimento fiscal foram devidamente observados, pois a autuante expôs com clareza a fundamentação de fato e de direito, descreveu as infrações, fundamentando com a indicação dos documentos e demonstrativos, que se mostram perfeitamente compreensíveis, bem como de seus dados e cálculos, assim como indicou o embasamento jurídico.

Portanto, nada existe que possa macular o lançamento de ofício de nulidade. Não foi identificada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal, tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação.

Rejeitada a preliminar de nulidade, direta ou indiretamente suscitada.

Os autos encontram-se devidamente instruídos, não existindo omissões, obscuridades ou contradições que ensejam a necessidade de qualquer esclarecimento ou diligência.

A infração 06 foi expressamente acatada pelo sujeito passivo. Por isso, com fundamento no art. 140, RPAF/1999, a mesma não terá o mérito apreciado neste julgamento.

Infração mantida.

No mérito da infração 01, vejo que a acusação é de falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, com levantamentos às fls. 11 e 16.

A imputação número 02 é de recolhimento a menor, em decorrência de desencontro entre os valores pagos e os escriturados no Livro Registro de Apuração do ICMS (LRAICMS), cujo demonstrativo encontra-se à fl. 11.

Os comprovantes de pagamento de fls. 2.066 a 2.071 não afastam o ilícito. Ao contrário, demonstram a procedência dos cálculos, pois as respectivas quantias foram consideradas na (s) coluna (s) “Valor Recolhido” das planilhas fiscais.

O defendant argumentou que em agosto, setembro e outubro de 2007 não foi considerado o crédito presumido concernente à aquisição de frutas, nos termos dos Convênios ICMS 44/1975 e 94/2005, transcritos às fls. 2.047/2.048. Ocorre que, nos termos do Parecer de fls. 2.113/2.114, cujo consultante foi o próprio autuado, a natureza dos Acordos é meramente autorizativa. Ou seja, o Estado da Bahia poderia ou não implementá-los, e não o fez. Com relação à maçã, o mencionado Parecer frisou que a autorização prevista na cláusula primeira do Convênio ICMS 44/1975 deixou de ser aplicada por intermédio do Convênio ICMS 07/1980.

Infrações 01 e 02 caracterizadas.

A terceira infração versa sobre recolhimento a menor do imposto por antecipação parcial, relativo às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, com o objetivo de comercialização (planilhas de fls. 18 a 35).

Com relação à alegação de pagamentos previamente efetuados, os documentos de fls. 2.126 a 2.127, juntamente com as cópias de documentos de arrecadação estadual trazidos pelo impugnante, demonstram que não merece acolhimento, pois os mesmos se referem a notas fiscais que não fizeram parte da auditoria (fls. 18 a 35), ou sequer fazem menção a número de documento, como aquele de fl. 2.074.

Observo que na planilha de fl. 22 foram registrados os valores concernentes ao documento fiscal 1505. O autuado não comprovou o “cancelamento” da compra e venda designada na NF 008.474, de acordo com as formalidades que o RICMS/1997 exige para tal situação. As aquisições interestaduais de maçãs e pêras estavam sujeitas à tributação normal, por força do Convênio ICMS 07/1980. No que tange às demais notas, em relação às quais o contribuinte aponta a falta de cômputo dos créditos, em função do suposto fato de as inscrições dos remetentes terem sido canceladas após os fatos geradores, não foram tradidas provas aos autos, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo do ônus de elidir a presunção relativa de legitimidade do ato administrativo (art. 143, RPAF/1999).

Verifico, por exemplo, que no documento de fls. 2.083/2.084, extraído do SINTEGRA e relativo à situação cadastral de LECOAL COMÉRCIO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA., está registrada a seguinte mensagem: “os dados acima estão baseados em informações fornecidas pelos próprios contribuintes cadastrados. Não valem como certidão de sua efetiva existência de fato e de direito, não são oponíveis à Fazenda e nem excluem a responsabilidade tributária derivada de operações com eles ajustadas”. A boa fé é elemento de ordem subjetiva, estranha ao direito tributário, e o fato de o fisco ter apostado carimbo em um documento fiscal não atesta a regularidade da operação nele consignada.

Com respeito à data de ocorrência 30/11/2008, a sociedade empresária aduziu que o valor exigido foi pago através do DAE constante do anexo 26 (fl. 2.090). Não é verdade, pois a quantia destacada no documento de arrecadação foi lançada na coluna “CRÉDITO” de fl. 38.

Infração 03 caracterizada.

As alegações defensivas referentes à quarta infração são idênticas às acima expostas (desconsideração de pagamentos e datas de cancelamentos de inscrições de fornecedores) e, nos termos do que já foi dito e fundamentado acima (art. 209, VII, “b” c/c art. 97, VII, RICMS/1997), mostram-se de mesma natureza, ou seja: improcedentes.

Será considerado inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal que for emitido por contribuinte fictício, que não estiver mais exercendo suas atividades ou que se encontre com sua inscrição desabilitada no CAD-ICMS.

É vedado ao contribuinte utilizar crédito fiscal relativo à aquisição de bens ou mercadorias quando a nota correspondente for inidônea.

Infração 04 caracterizada.

Quanto à infração 05, assiste razão à autuante, pois as mercadorias objeto do lançamento, conforme constato nos elementos presentes no processo e nos demonstrativos de fls. 36 a 38, se destinam ao uso e consumo da área administrativa do estabelecimento, a exemplo de envelopes, fardamento, material para manutenção da loja etc.

Portanto, não são embalagens utilizadas na comercialização de produtos, em razão de que não incide o art. 93, I, “a”, RICMS/1997.

O autuado aduziu que a operação designada na nota fiscal 712.206 (fl. 2.097; anexo 36), de 11/12/2008, trata de arrendamento mercantil de balanças, não caracterizando, assim, o negócio jurídico compra e venda. Com efeito, é o que está registrado no corpo do documento fiscal.

Assim sendo, uma vez que o arrendamento mercantil não está entre as hipóteses de incidência do ICMS, na data de ocorrência 31/12/2008 da infração 05 o imposto lançado deve ser reduzido de R\$ 3.437,13 para R\$ 1.171,13.

Infração 05 parcialmente elidida, de R\$ 4.046,06 para R\$ 1.780,06.

Foi dito na defesa que as aquisições constantes do levantamento fiscal da infração 07 dizem respeito a caixas de papelão ondulado, utilizadas em substituição àquelas que acondicionam os produtos. O impugnante não concorda com a aplicação do art. 100 do RICMS/1997, pois, a seu ver, não se sabe com exatidão como as mercadorias foram utilizadas, nem em que mês.

Ocorre que, consoante foi destacado pela auditora fiscal autuante, os arts. 5º, I; 97, I, “a” e § 1º e 100, § 1º do RICMS/1997 (transcritos às fls. 2.112/2.113), dispõem que a utilização de créditos fiscais decorrentes da aquisição de material de embalagem fica condicionada às suas determinações, inclusive àquela concernente ao cálculo da proporcionalidade.

Infração 07 caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 73.669,67, devendo ser homologados os valores já pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 277829.0026/11-5, lavrado contra **COMERCIAL DE FRUTAS LÍDER LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 73.669,67**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 29.434,84, 100% sobre R\$ 2.388,11, e 60% sobre R\$ 41.846,72, previstas no art. 42, I, “a”, IV, “j”, II, “b”, “d”, e “f”, e VII, “a” da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de maio de 2012.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

PAULO DANILLO REIS LOPES – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR