

A. I. Nº - 277829.0032/12-3
AUTUADO - MJ DISTRIBUIDORA DE CARNES LTDA.
AUTUANTE - MAGDALA ROSA WOLNEY DE CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 05. 07. 2013

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0131-01/13

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. A diferença nas quantidades de entradas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. As alegações defensivas não elidem a acusação. Infração caracterizada. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias apurada mediante levantamento quantitativo de estoques constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. As razões defensivas não elidem a exigência. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não contestada **b)** MULTA ESPECÍFICA. É devida a multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, Lei 7.014/96 para o caso de inobservância do dispositivo legal concernente ao recolhimento tempestivo do ICMS antecipação parcial contido no art. 12-A da mesma Lei. Infração não contestada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** MATERIAL DE USO E CONSUMO. Infração não contestada. **b)** ENERGIA ELÉTRICA. A legislação do ICMS desse Estado não permite a utilização dos créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica por empresas comerciais (art. 93, II, “b”, RICMS/97). Infração caracterizada. **c)** MERCADORIA DO REGIME SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/12, exige ICMS no valor de R\$ 131.262,93, acrescidos das multas de 60% e 100% em decorrência das seguintes infrações:

01. Recolheu a menos o ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração de ICMS, no período de janeiro/dezembro 2010; março/abril, junho/dezembro 2011. Valor R\$ 9.043,50.

02. 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, no mesmo exercício, conforme demonstrativos anexos, no valor de R\$9.520,32. Exercício 2010.

03. Falta de recolhimento do ICMS relativo a 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 estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis, conforme demonstrativos, no valor de R\$ 29.941,83. Exercício 2011.

04. Multa percentual sobre a parcela do imposto que deixou de ser paga por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, com saída posterior tributada normalmente, no período de janeiro a abril/junho a novembro/2010 e de fevereiro a novembro/2011, conforme demonstrativos, no montante de R\$3.900,08.

05. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização, relativo ao mês de dezembro/2011, conforme demonstrativo, valor de R\$722,11.

06. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no período de janeiro a dezembro/2011, conforme demonstrativo, no total de R\$9.644,83.

07. Utilizou, indevidamente, crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, conforme demonstrativos, no total de R\$59.521,97.

08. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011, conforme demonstrativos, no total de R\$8.968,29.

O sujeito passivo protocola suas razões de defesa, fls. 2753/2754 (volume VI), através de sua sócia administradora, apresentando impugnação pela improcedência das infrações 02, 03, 06 e 07.

Com relação a infração 02, diz que é normal no seu ramo de atividade – supermercados, ocorrer diferença de estoques para mais ou para menos, sem significar omissões. Completa que quando da realização do inventário, as diferenças são ajustadas, conforme manda a legislação.

Argúi o autuado que na infração 03, diante da grande quantidade de itens existentes e movimentados é impossível não ocorrer falhas e isto não significa omissões.

No que tange à infração 06 não concorda com a tese fiscal, vez que os materiais se referem a embalagens e por isso mesmo faz parte da venda. Conclui que sem embalagem não se vende mercadorias e produtos.

Quanta à infração 07, aduz também não concordar com a proibição do uso do crédito oriundo da energia elétrica, pois um estabelecimento precisa desse insumo para funcionar regularmente na

conservação dos alimentos. Deduz que a energia é parte integrante do processo de venda, pois sem ela o estabelecimento não pode funcionar.

A Auditora Fiscal, presta Informação Fiscal, fls. 2768/2770 (volume VI), referenciando as infrações contestadas pelo contribuinte autuado. Na infração 02 argumenta que os valores decorrem das irregularidades praticadas pelo contribuinte em sua movimentação de mercadorias, conforme constam dos demonstrativos de folhas 225/433. Informa que o intimou para regularização das omissões observadas com a identificação das irregularidades apuradas. Diz que o contribuinte não apresenta os dados que remediassesem a infração.

Na infração 06, diz que resta comprovada a utilização indevida de crédito em aquisições de materiais para uso e consumo próprios e cujos valores foram apurados conforme demonstrativos de fls. 12. Assevera, na infração 07, que o art. 93, II, RICMS/BA identifica os estabelecimentos contemplados com a utilização do crédito fiscal sobre a energia elétrica.

Finaliza, mantendo os termos da autuação.

VOTO

Cuida o presente auto da exigência das 08 infrações descritas e relatadas na inicial dos autos.

Nas suas alegações defensivas, o autuado não apresentou qualquer impugnação quanto às infrações 01, 04, 05 e 08, mas reconhece-as, tacitamente; considero que tais infrações estão devidamente confirmadas, não existindo lide e fora da apreciação do relator. A discussão cingir-se-á às infrações de nº 02, 03, 06 e 07

A infração 02 trata da falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças das operações de entradas (maior expressão monetária), no exercício de 2010, 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, no valor de R\$9.520,32

Na infração 03, exigência semelhante, levantamento quantitativo de estoques, relativamente à omissão de saídas de mercadorias, tomando-se para cálculo do imposto, o maior valor monetário das saídas tributáveis, no valor de R\$ 29.941,83, exercício de 2011.

Argui o autuado que as diferenças observadas são um fato normal no seu ramo de atividade dos supermercados e não significam omissões; completa que tais diferenças são ajustadas durante a realização do inventário, em conformidade com a legislação. Na infração 03, argui que com a grande quantidade de itens movimentados é impossível não ocorrer falhas, ainda assim, isto não significa omissões.

A auditoria de estoque de fls. 225/231 (infração 02) demonstra a apuração das omissões de entrada com a discriminação dos produtos selecionados e os respectivos valores. Os demonstrativos que apontam a omissão de saída (infração 03) estão acostados aos autos, fls. 232/433.

O presente levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias foi elaborado em observância às orientações contidas na Portaria 445/98 e o sujeito passivo não cuidou de colacionar aos autos as provas das alegadas perdas ou diferenças; somente mediante tais providências, seria possível o exame, a justificação, parcial ou total, das diferenças relativas às mercadorias imprestáveis, na omissão de entrada detectada no levantamento de estoques em tela. As faltas apuradas na omissão de saída existentes devem estar devidamente regularizadas com a expedição do competente documento fiscal.

Desta forma, elaborados os demonstrativos que deram origem a exigência, com base nos documentos fiscais requisitados pela fiscalização, em conformidade com os documentos devidamente escriturados pelo próprio autuado, caberia ao impugnante juntar à defesa, demonstrativos e provas capazes de elidir a acusação (art. 123 do RPAF/BA), sendo insubsistentes as

arguições defensivas, conforme apreciação supra. Infrações caracterizadas, valor de R\$9.520,32 (infração 02) e no valor de R\$ 29.942,83 (infração 03).

Na infração 06, a acusação é de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, no valor de R\$ 9.644,83.

O autuado, nas razões, afirma não concordar com a tese fiscal, vez que os materiais se referem a embalagens e fazem parte da venda, pois não se comercializa mercadorias sem a embalagem.

Observe que o demonstrativo fiscal de fls. 121 discrimina a aquisição de sacolas e bobinas picotadas, considerados material de uso e consumo.

Não considero que as embalagens representadas pelas “sacolas de feira” possam ser identificadas como “mercadorias para fins de comercialização”, no caso concreto do estabelecimento autuado, cuja atividade principal é comércio varejista de mercadorias em geral com predominância em alimentos (CNAE FISCAL 47121/10-0) - fl. 14. Por outro lado, a operação de aquisição de sacolas utilizadas como embalagem ou mesmo transporte das mercadorias comercializadas, não podem ser considerados como uso e consumo, seja porque tais produtos são empregados na atividade comercial do estabelecimento autuado servindo como embalagem, acondicionamento, além de facilitar o transporte das mercadorias comercializadas.

A melhor interpretação é que tais sacolas sejam consideradas bens complementares à atividade comercial do supermercado e devem ser classificadas não como simples materiais de uso e consumo dos supermercados, mas como verdadeiros insumos à atividade comercial e que, assim, geram direito ao creditamento do ICMS, com base nos preceitos legais que conduzem ao aproveitamento do crédito fiscal. De igual forma, as chamadas “bobinas picotadas” a referir-se aos sacos plásticos picotados para embalar, geralmente verduras, frutas e outros alimentos, no interior do estabelecimento, devem ser considerados embalagens e correta a utilização do crédito fiscal. Infração 06 improcedente.

A utilização de crédito indevido, na infração 08, recai sobre a aquisição de energia elétrica, na comercialização de mercadorias, no total de R\$59.521,97. A Auditora Fiscal elabora demonstrativo com os valores dos créditos apropriados, às fls. 30/31, a partir de “nota fiscal fatura de energia elétrica”, emitida pela Companhia de Eletricidade da Bahia – COELBA.

Não obstante o justo inconformismo do sujeito passivo e a lógica de sua arguição da absoluta necessidade do uso da energia elétrica, no funcionar regularmente do seu estabelecimento, sobretudo, na conservação dos alimentos, a legislação do ICMS desse Estado não permite a utilização dos créditos fiscais oriundos da aquisição de energia elétrica.

O art. 93, II, “b”, RICMS BA identifica as hipóteses de entrada de energia elétrica, que constituem crédito fiscal, não se encontrando nelas contemplado, o consumo no estabelecimento comercial.

Diante do exposto, caracterizada a infração de crédito indevido descrita na presente infração, no valor de R\$ 59.521,97.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **277829.0032/12-3**, lavrado contra **MJ DISTRIBUIDORA DE CARNES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 127.362,85**, acrescido das multas de 100% sobre R\$ 39.462,15 e 60% sobre de R\$ 87.900,70, previstas no art. 42, inciso III, II, alíneas “a”, “b” e VII, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos

acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$3.900,08**, prevista no inciso II, “d” do artigo e lei citados, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2013.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR