

A. I. Nº - 124274.0163/12-8
AUTUADO - RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATADADISTA, BENEFICIAMENTO E
EMPACOTAMENTO LTDA.
AUTUANTE - VICENTE AUGUSTO FONTES SANTOS
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/10/2013

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0166-05/13

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** SAÍDAS SUBSEQÜENTES EFETUADAS COM ISENÇÃO OU REDUÇÃO DO IMPOSTO. Indicado o cálculo da proporção entre as saídas tributadas e não tributadas em relação ao total de saídas, estabelecendo-se a proporcionalidade de forma a se efetuar o estorno de crédito de ICMS. Há comprovação de crédito proporcional a maior nas saídas para outros estados. Infração 1 procedente. **b)** ESTORNO DE DÉBITO EFETUADO IRREGULARMENTE. A descrição da infração aponta que foi efetuado estorno de ICMS em desacordo com a legislação. Os Arts. 112 e 113 do RICMS têm conexão com a infração por exclusão, pois explicam quais são as possibilidades de estorno ou anulação de débito quando não se referir a valor constante em documento fiscal. Infração 3 procedente. **c)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nesta situação, é vedado o crédito na forma do art. 97, IV, “b” do RICMS/BA-97. Infração 6 procedente. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. VENDAS A NÃO CONTRIBUINTES. Existência de conformação entre a descrição e os fatos demonstrados. Infração 2 procedente. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MATERIAL DE USO E CONSUMO. Fato comprovado. Inexistência de elementos que justifique a anulação do item, como pedido pelo impugnante. Infração 4 procedente. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Ausência de prova de que essas operações não são tributáveis. Infração 5 procedente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

No Auto de Infração lavrado em 25/09/2012, foi efetuado lançamento de ICMS e no valor total de R\$312.768,29, em razão das infrações à legislação, a seguir relacionadas:

INFRAÇÃO 1 – Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente à aquisição de mercadorias com saídas subsequentes beneficiadas com isenção ou redução de imposto, tendo utilizado o crédito proporcional a maior nas saídas para outros estados, no valor total de R\$289.905,12, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 2 – Recolheu a menos o ICMS em decorrência de erro na base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Vendas a não contribuintes com redução de base de cálculo, no valor total de R\$365,26, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 3 – Efetuou estorno de ICMS em desacordo com a legislação deste imposto, referente às vendas para outros estados da Federação, com destaque de ICMS de mercadorias em que foram antecipados o ICMS nas entradas, tendo efetuado estorno a maior, conforme demonstrativo em anexo, no valor total de R\$10.616,24, acrescido de multa de 60%.

INFRAÇÃO 4 – Deixou de recolher o 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 e do ativo imobilizado, no valor total de R\$2.326,01, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 5 – Deixou de recolher o ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no valor de R\$5.467,10, acrescido da multa de 60%.

INFRAÇÃO 6 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária. Créditos indevidos – aquisição de mercadorias enquadradas na substituição tributária. Refere-se também a devoluções de vendas de mercadorias antecipadas de outros estados em que foram estornados os débitos de ICMS nas saídas, no valor total de R\$4.106,56, acrescido de multa de 60%.

A impugnante apresentou defesa às fls. 69/82, onde arguiu preliminarmente que nas infrações 1 e 3 as descrições não estão suficientemente claras de modo a possibilitar ao autuado, o exercício pleno do seu direito ao contraditório e à ampla defesa. Que urge destacar a nulidade do Auto de Infração devido à ocorrência de vício insanável em sua constituição, especificamente quanto à disposição da lei em que foi fundado o crédito e a descrição completa dos fatos.

Quanto à descrição da infração averiguada, e o enquadramento legal, tal como apresentados, são insuficientes para se estabelecer ao certo se houve realmente qualquer inidoneidade nos documentos fiscais, conforme pretende o fisco. Cita decisão administrativa do fisco de Minas Gerais, e que atentando-se para as observações colocadas na peça impugnatória, está clara a necessidade de decretar a nulidade do Auto de Infração, por falta de clareza e precisão ao identificar o fato gerador.

Além disso, diz que a fim de apurar eventual imposto não recolhido pelo contribuinte, a título de utilização de crédito fiscal presumido, em valor superior ao permitido pela legislação, e a título de falta de estorno de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias cujas saídas subseqüentes teriam saído com redução de base de cálculo, o autuante se valeu de uma metodologia própria de cálculos, que não encontra previsão na legislação em vigor.

Aduz que o autuante, desde a lavratura do Auto de Infração, deveria comprovar a regularidade e a legalidade de seus cálculos, por meio de elementos probatórios ou por meio de indicação expressa dos dispositivos legais que dariam respaldo à metodologia de cálculos por ele utilizada. Que deve ser decretada de ofício a nulidade das infrações, até mesmo para que o CONSEF/BA trabalhe em sintonia com outros órgãos julgadores administrativos, a exemplo do TIT – Tribunal de Impostos e Taxas, do Estado de São Paulo.

No mérito, diz que quanto à infração 1, não assiste razão ao fisco pelo fato de que o Auditor logrou em grave erro ao contabilizar o total de saídas realizadas, sem fazer a necessária desconsideração da operação, que não evidencia qualquer saída potencialmente tributada. Que o cálculo do aproveitamento proporcional dos créditos não poderia levar em consideração outras saídas que passam ao longe de efetivas vendas realizadas.

Contesta o demonstrativo acostado aos autos pelo Auditor, pois computa outras saídas de mercadorias definidas por código CFOP que não constituem efetivas operações de comercialização, e que, portanto não poderiam ter sido computadas para efeito de apuração dos totais das saídas potencialmente tributadas; que nos demonstrativos apresentados, identifica-se CFOP que não representam saídas, quais sejam, as de nºs 5949/6949, 5926/6926, 5910/6910 e 5905/6905, correspondentes aos lançamentos efetuados a título de reclassificação de mercadoria decorrente de formação de kit ou de sua desagregação, a remessa em bonificação, doação ou brinde.

Aduz que este equívoco de interpretação ou simplesmente falta de minúcia na identificação dos CFOP das saídas, fez com que o Auditor chegasse a conclusões diversas da realidade. A título exemplificativo apresenta por meio de tabela, alguns dos erros identificados, sobrelevando-se, no entanto, a necessidade de uma análise perfunctória para exaurir qualquer dúvida quanto à verdade material da infração. Pelo demonstrativo anexado, sustenta que nos dois exercícios analisados (2007 e 2008), dos 24 meses auditados, encontrou divergência em 17 meses, razão pela qual pugna pela conversão do processo em diligência, de modo que o Auditor se digne a refazer seus cálculos, subtraindo do montante das saídas tributadas, aquelas caracterizadas como “outras saídas”.

Pede que, no caso remoto desta JJF achar que a autuação está perfeitamente dentro do que prevê a legislação, e por conta disto entender correto se exigir do autuado imposto supostamente devido, então, para fins de apuração do *quantum debeatur*, que também seja considerado o princípio da não-cumulatividade do ICMS, no que se refere ao crédito acumulado nas operações anteriores, ao calcular o montante do débito fiscal do contribuinte.

Para fins de concessão do crédito fiscal, requer uma diligência, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, a fim de que se faça este levantamento, no intuito de utilizar seu valor para abatimento do imposto exigido no item 01 do Auto de Infração, no caso de esta JJF, por absurdo, entender que este item está constituído dentro das formalidades legais necessárias.

Ressalta que embora já tenha se manifestado acerca da falta de clareza quanto às infrações em geral, na infração 3 é absolutamente gritante, impossibilitando ao Autuado a elaboração de uma defesa consistente, de modo a fazer exercitar seu direito ao contraditório e a ampla defesa.

Alega que da leitura da descrição da infração, bem como do dispositivo legal apontado pelo Auditor, não evidencia qual foi a conduta realizada pelo contribuinte que ofende as normas tributárias vigentes, tendo em vista que o dispositivo legal aponta mais de uma conduta possível e o Auditor não se dignou em tipificá-la especificamente. Reproduz o artigo 112 do RICMS e seus sucessivos parágrafos, assim como o art. 113.

Pergunta em qual dos 04 parágrafos do art. 112 foi enquadrado, pois sem esta especificidade não conseguirá apresentar sua defesa, já que, não identificou, por si só, a suposta infração apontada. Nestes termos, pugna, caso não tenha sido acolhida a preliminar de nulidade do Auto de Infração como um todo, que seja acolhida a nulidade em relação à infração 3, por total falta de clareza e especificidade, por ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Argui que na infração 5, em se considerando, apenas para argumentar, que restasse comprovado que o contribuinte *deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis*, é lógico que o fisco por determinação legal, deveria conceder o respectivo crédito fiscal então estornado, em razão da operação subsequente ter sido considerada pela contribuinte como beneficiada, pois se o preposto fiscal partiu da premissa de existência de omissão de recolhimento de ICMS, para fins de cobrar o imposto, não poderia ele, no mesmo passo, deixar de conceder ao autuado, os créditos decorrentes da operação que a antecedeu.

Assim é que, no caso remoto de esta JJF achar que a autuação está perfeitamente dentro do que prevê a legislação, e por conta disto entender correto se exigir do autuado imposto supostamente devido, então, para fins de apuração do real montante devido, deve ser considerado o respectivo crédito fiscal, sob pena de se colocar no esquecimento o princípio constitucional da não-cumulatividade.

Para fins de concessão deste crédito fiscal, e considerando que o atuado não tem elementos suficientes para levantar o seu valor, fica aqui requerida uma diligência, a ser realizada por fiscal estranho ao feito, a fim de que se faça este levantamento, no intuito de utilizar seu valor para abatimento do imposto exigido no item 05 do Auto de Infração.

Requer finalmente a impugnante seja o Auto de Infração julgado totalmente nulo, em razão da absoluta falta de clareza e precisão, ao identificar os fatos geradores das supostas infrações, bem

como por utilizar-se de metodologia de cálculo própria, sem espeque na legislação tributária, de modo a que o Conselho de Fazenda se digne a:

Infração 1 – determinar a conversão dos autos em diligência de forma a que seja refeita a planilha de cálculo, para que seja contabilizado corretamente o total das saídas com a devida exclusão das “outras saídas”, operações consubstanciadas pelas CFOP nºs 5949/6949, 5926/6926, 5910/6910 e 5905/6905, bem como a atender o princípio da não cumulatividade do ICMS.

Infração 3 – determinar a nulidade em relação a esta infração, por total falta de clareza e especificidade, e por ofensa à ampla defesa e ao contraditório.

Infração 5 - determinar a conversão dos autos em diligência, de forma a que seja refeita a planilha de cálculo, para que seja contabilizada corretamente de modo a atender ao princípio da não cumulatividade do ICMS.

Requer, por fim, a produção de todos os meios de prova admitidos, inclusive, juntada de novos documentos, depoimento pessoal dos agentes autuadores, bem como outras que se façam necessárias para o bom deslinde deste processo administrativo.

O autuante apresenta informação fiscal às fls. 98/103, onde inicialmente atesta que o contribuinte foi regularmente intimado em 27/09/2012, e às fls. 10, consta que foi concedido um prazo de vinte dias para conferir todos os documentos antes da autuação. Que o pedido de nulidade do processo não se justifica, visto estar o auto, revestido de todas as formalidades legais e acompanhados de todos os demonstrativos de forma detalhada, e sendo caracterizadas as infrações de forma clara, garantindo a ampla defesa.

Que no mérito, o impugnante defende a infração 1 sob o argumento de que diversos CFOP que foram relacionados não deveriam ser considerados na apuração de saídas para efeito de proporcionalidade dos créditos referentes às vendas interestaduais e apresenta novos índices de estorno, porém, seu próprio cálculo também apresenta diferenças.

Que foram consideradas para efeito de apuração da saída o CFOP 5949/6949, porque estas operações são tributadas nas operações interestaduais e internas, pois são vendas a clientes. Quanto aos CFOP 5910/6910, são operações de saídas de mercadorias do estoque físico, sendo transferida a propriedade por meio de bonificação ou doação.

Quanto aos CFOP 5905 e 6905, justifica que a empresa não possui depósito fechado, e que ela fazia esta operação transferindo a propriedade para outros atacadistas de feijão, e o que a auditoria considerou foram às operações normais de venda.

Que os CFOP 5926 e 6926 referem-se a lançamentos efetuados a título de reclassificação de mercadorias decorrentes de formação de item ou de sua desagregação, e se forem considerados no levantamento, não altera de hipótese alguma os índices de proporcionalidade do crédito porque para tais mercadorias foram dadas as saídas para efeito de reclassificação, e foi dada a entrada com novo código, como está demonstrado no livro de entrada e saída de mercadorias, cujo teor transcreve na informação fiscal, mas que estes valores não foram considerados para efeito de apuração proporcional do crédito referente às saídas para outros estados, de mercadorias com tributação interna reduzidas em 100% a base de cálculo.

Aduz que o artigo 93, § 1º, inciso II, determina como deve ser feito o cálculo do crédito proporcional, tendo a fiscalização detalhado conforme fls. 12 e 13 deste processo, e o próprio contribuinte utilizou-se destes cálculos para refazer os percentuais, tirando os CFOP que achava indevidos. Para a infração 2 não houve defesa, e para a infração 3, o impugnante argumentou a falta de clareza do conteúdo da infração e que não poderia se manifestar.

Argumenta que esteve reunido com representante da empresa e da contabilidade e que foram esclarecidas todas as infrações e concedido prazo de vinte dias para manifestação antes da lavratura do Auto de Infração, tendo o contribuinte apresentado algumas considerações que foram acatadas, e outras não.

Que a legislação determina que nas vendas de mercadorias que foram objeto de antecipação interna (art. 353 do RICMS), nas saídas para outros estados da Federação, deverá estornar-se o débito. O contribuinte fez estorno, entretanto os valores estornados no LRAICMS são superiores aos débitos das vendas destas mercadorias nas saídas interestaduais provocando a redução do valor do imposto a recolher conforme livro de apuração fls. 14/41 e demonstrativo de fls. 50 deste processo, citando o art. 359, § 3º do RICMS.

Que na infração 4 não foi apresentada a defesa, e que na infração 5, o contribuinte não contesta que deve, entretanto diz que quando existe um débito, existe um crédito correspondente, mas como se trata de venda de feijão para fora do estado, quando da apuração do crédito proporcional na infração 1, foram consideradas estas saídas para efeito de cálculo do crédito proporcional, não ferindo o princípio da não cumulatividade, e que para a infração 6, também não apresentou defesa. Termina sua informação afirmando que a defesa é meramente protelatória e pede pela procedência do Auto de Infração.

Na sessão do dia 23 de maio de 2013, a 5ª JJF converteu o processo em diligência à inspetoria de origem, conforme pedido à fl. 707, para o autuante refazer o demonstrativo da fl. 50 com o número das notas fiscais, valor do ICMS, etc., indicando os documentos que comprovam os valores lançados no demonstrativo, exceto o estorno comprovado das fls. 14/41, para que fosse acostado ao processo.

Foi pedido também que demonstrativos fossem reavaliados, visto que na fl. 50, no mês de maio, o valor apurado não corresponde à diferença entre as colunas D e C, e que fosse fornecida ao contribuinte cópia do novo demonstrativo da fl. 50.

Determinou-se ainda, que nessa oportunidade fosse solicitado ao impugnante que apresentasse demonstrativo analítico do percentual de saídas tributadas apurado às fls. 78 em sua impugnação, pormenorizando os valores lançados de cada CFOP descrito no demonstrativo, especialmente aqueles que consideram que devem ser excluídos do cálculo feito pelo autuante, concedendo-lhe o prazo de dez dias para se manifestar.

O autuante atendeu ao pedido de diligência anexando demonstrativos entre as fls. 110/131, esclarecendo que a diferença no mês de maio/2008, de R\$1049,47 corresponde ao acumulado nos meses de janeiro a maio, e que não foram utilizados como créditos pelo contribuinte, correspondendo à diferença entre R\$3.534,30 e R\$2.482,83.

À fl. 134 consta intimação da inspetoria feita ao impugnante, onde consta o envio de CD com a cópia da informação fiscal, demonstrativos, etc. e o pedido do CONSEF à fl. 7, anexa a intimação. O impugnante protocolou em 29/07 manifestação, quando recusa-se a apresentar o demonstrativo analítico pedido, pois assegura que não é função do contribuinte, mas sim, competência privativa da autoridade fiscal, e que cabe a ela apontar de forma clara o cometimento de eventual infração pois não cabe ao fisco transferir ao contribuinte a elaboração de demonstrativos como foi pedido pela JJF.

Repete o pedido de nulidade do processo e refaz o pedido de diligência, em respeito ao princípio da verdade material e reafirma todos os argumentos expostos na impugnação.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para lançamento de crédito tributário decorrente de 6 infrações à legislação do ICMS. O impugnante faz pedido de nulidade formal de todo o Auto de Infração, mas de forma fundamentada, apenas das infrações 1 e 3, arguindo cerceamento de defesa, em virtude da falta de clareza dessas infrações, por não haver ligação entre o fato descrito e ocorrido, e por metodologia de cálculo não prevista na legislação.

Faz defesa de mérito das infrações 1 e 5 e pede diligência para esclarecer o cálculo do lançamento, e defende a nulidade da infração 3 por vício formal. Não faz qualquer ponderação de mérito quantos às infrações 2, 4 e 6, ficando apenas a alegação de nulidade formal por cerceamento de defesa em virtude da falta de clareza na descrição das infrações. Assim, em

questão de mérito, fazem parte da lide apenas as infrações 1, 3, e 5 e quanto às demais, apenas foi alegado a nulidade por vício formal.

Recuso o pedido preliminar de nulidade sobre todo o Auto de Infração, visto que no PAF não apresenta vícios formais que possam vir a macular todo o processo, vez que foi perfeitamente identificado o contribuinte, descritas as infrações e exercida a ampla defesa, e assim o pedido de nulidade será analisado em cada infração.

À fl. 10 consta um termo de ocorrência onde foi oferecido ao impugnante todos os papéis de trabalho com a concessão de 20 dias para verificação de forma a se possibilitar uma defesa previa antes mesmo da lavratura do Auto de Infração. Foi cumprido o devido processo legal e 3 infrações (2, 4, 6) não tiveram qualquer alegação de vício material, e sequer foram referidas na peça impugnatória. Assim, passo inicialmente ao julgamento das infrações não defendidas no mérito, mas apenas quanto aos eventuais vícios de formalidade.

A infração 2 decorre de erro na base de cálculo na saída de mercadorias regularmente escrituradas, no total de R\$365,26 cujos demonstrativos estão as fls. 42/49 tanto na forma analítica como sintética, com descrição das notas fiscais, mercadorias, valores, etc., havendo perfeita conformação entre a descrição e os fatos demonstrados. Não há qualquer impedimento ao exercício da defesa, visto a perfeita e clara descrição da motivação do lançamento. Rejeitado o pedido de nulidade. Infração 2 procedente.

A infração 4 refere-se às diferenças de alíquotas nas aquisições de outros estados da Federação destinadas a consumo do estabelecimento e ao ativo imobilizado no valor de R\$2.326,01. Os demonstrativos estão às fls. 51/52, com descrição das mercadorias, número das notas fiscais, valores, etc. No entanto constato que no mês de maio de 2007 apurou-se valor de R\$1.673,60 a recolher, mas foi lançado R\$1.667,20, e no mês dezembro de 2007 apurou-se valor de R\$600,01, mas foi lançado R\$551,81, devendo ser lançada a diferença em ação fiscal a “*posteriori*”. Não há qualquer razão que justifique a anulação por vício formal como pedida pelo impugnante. Infração 4 procedente.

Na infração 6, o autuante acrescentou ao texto padrão do sistema emissor de Auto de Infração - SEAI, explicações próprias que juntamente com a análise do demonstrativo, esclarecem qual a infração apontada, quando diz que “*refere-se também às devoluções de vendas de mercadorias antecipadas de outros estados que foram estornados os débitos de ICMS na saída*”.

O demonstrativo de fls. 57/61 não deixa dúvidas de que a infração decorre do crédito indevido referente mercadorias adquiridas e submetidas ao regime de substituição tributária, às quais é vedado o crédito na forma do art. 97, IV, “b” do RICMS/BA 97; a referência feita pelo autuante, de que houve devoluções de vendas de mercadorias oriundas de outros estados cujos débitos foram estornados na saída, apenas justifica o crédito indevido, embora desnecessário, pois em qualquer hipótese, sejam devoluções ou vendas, é vedado o crédito de tais mercadorias.

Quis o autuante na descrição da infração explicar que os débitos pela saída foram estornados, o que confirma o crédito indevido, pois se os débitos na saída não fossem estornados, compensariam os créditos indevidos e não haveria razão para o lançamento do imposto. Assim, está configurado que permaneceram créditos de mercadorias adquiridas por substituição tributária no valor de R\$4.106,56, conforme demonstrativos de fls. 58/60, que contêm a descrição dos produtos, valores, número das notas etc. Não vislumbro qualquer vício formal que enseje a nulidade pedida. Infração 6 procedente.

Pelo exposto nas infrações acima abordadas, nos demonstrativos, e ainda diante da ausência de qualquer contestação, há nítida procedência destas infrações, acobertadas pelo art. 140 do RPAF, quando este diz que *o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas*. Infrações 2, 4 e 6 procedentes.

Encerrada a apreciação das infrações não impugnadas no mérito, passo ao julgamento das infrações 1, 3 e 5. Foi pedida nulidade formal na infração 1 por falta de clareza e precisão na

descrição, arguindo não haver indicação do fato gerador e também um pedido de diligência para apuração da verdade material.

Entendo que a descrição da infração 1, *estorno de crédito em virtude de saídas beneficiadas com isenção* é suficientemente clara, de modo que não vislumbro a nulidade pleiteada. Quanto ao pedido de diligência, o impugnante a fundamenta sob a alegação de que o autuante utilizou CFOP de operações não tributadas, a exemplo dos códigos nº 5949 e nº 6949, que trata de OUTRAS SAIDAS DE MERCADORIAS OU SERVICOS NÃO ESPECIFICADOS, sem, no entanto apresentar qualquer documento fiscal relativo a estas operações que comprovassem não serem tributadas. Nos termos do artigo 145 do RPAF, o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade.

Assim, na infração 1, teve ainda o impugnante, por meio de pedido de diligência à inspetoria de origem, de apresentar demonstrativo analítico de cálculo em que contesta a metodologia do autuante, mas não o fez; assim sendo, não permitiu ao julgador visualizar erro que justifique revisão em diligência por fiscal estranho ao feito. Se há cálculo sintético apresentado pelo impugnante em sua peça defensiva, este é resultante de um cálculo analítico, que o impugnante seguramente possui em mãos. Ao deixar de apresentá-lo, esquivou-se de fazer valer a sua defesa, e não trouxe a necessária prova material do erro alegado.

Nos termos do art. 143 do RPAF, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. O impugnante apresentou CFOP como sendo de operações não tributadas, mas plenamente justificadas pelo autuante, a exemplo dos CFOP nº 5910/6910, que são operações de saídas de mercadorias do estoque físico, sendo transferida a propriedade por meio de bonificação ou doação.

Continuando a apreciação da infração 1, às fls. 12 e 13 consta demonstrativo referente aos exercícios de 2007 e 2008, onde vê-se cálculo da proporção entre as saídas tributadas e não tributadas em relação ao total de saídas, estabelecendo-se a proporcionalidade, de forma a se efetuar o estorno de crédito de ICMS, uma vez que as saídas foram beneficiadas por isenção, com a comprovação crédito proporcional a maior nas saídas para outros estados.

Foi realizada diligência de forma a esclarecer os demonstrativos que se apresentavam resumidos, para evitar qualquer cerceamento à defesa, e foi oferecida ao impugnante nova oportunidade de se manifestar e de apresentar provas. No entanto, apenas repetiu os termos da impugnação inicial e não apresentou nenhum documento ou prova material, negando-se a trazer aos autos o cálculo analítico do demonstrativo que foi apresentado na impugnação a fl. 78, alegando ser esta a função do fisco.

Ora a função do fisco foi executada durante o procedimento feito pelo autuante, e não cabe ao próprio fisco revisar os cálculos, a menos que o impugnante traga comprovação de algum erro material que macule o demonstrativo, oportunidade em que uma diligência poderia apontar a verdade material. Infração 1 procedente.

Na infração 3, não houve impugnação de qualquer elemento factual, mas apenas foi alegado o cerceamento de defesa, justificando-se que não resta claro qual foi a conduta realizada pelo contribuinte, pois o art. 112 no qual foi enquadrado tem 04 parágrafos, e pergunta o impugnante em qual deles foi enquadrado. A descrição da infração aponta que foi efetuado estorno de ICMS em desacordo com a legislação e o caput dos arts. 112/113 tem conexão com a infração por exclusão, pois explicam quais são as possibilidades de estorno ou anulação de débito quando não se referir a valor constante em documento fiscal.

No caso em lide, os valores estornados constam em documento fiscal e para que fosse justificado o estorno fora do que está escriturado, deveria a situação fática, atender ao prescrito em algum dispositivo dos artigos 112/113. A descrição da infração por si, já supera a cominação legal, que mesmo na hipótese de não ter vinculação com o fato descrito, não implica nulidade, conforme artigo 19 do RPAF:

Art. 19. A indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

O demonstrativo da infração está à fl. 50, e na diligência, o autuante trouxe às fls. 112/131, detalhamento analítico com o número das notas fiscais, valor, data etc., e foi explicado que no mês de maio de 2008 o valor lançado não corresponde às diferenças entre as colunas C e D, mas ao somatório dos estornos não realizados de janeiro a maio, e que corresponde ao valor utilizado como crédito em maio.

Foi apresentado demonstrativo analítico destes estornos na fl. 111, mas o impugnante, intimado a se manifestar, apresentou nova impugnação à fl. 138/165, mas não trouxe elementos de fato, que contestem o lançamento, apenas alegou questões de Direito. Argumentou ainda que não é função do contribuinte a confecção de demonstrativos e que isto é competência da autoridade fiscal. O autuante apresentou demonstrativos que se traduzem na organização dos fatos e eventos apontados como contrários à legislação, sem que tenha havido refutação aceitável.

O demonstrativo pedido na diligência ao impugnante, visava dar oportunidade para a partir da sua escrituração, enumerar e apontar os erros do autuante. Não é admissível invocar a improcedência simplesmente negando o cometimento da infração. Assim, por exemplo, no demonstrativo de fls. 112/130, pode o impugnante enumerar quais notas fiscais não correspondem às vendas para fora do Estado, com estorno a maior de débito ou no próprio demonstrativo que apresentou à fl. 78, esclarecer a forma como achou o percentual real de saídas tributadas, visto que o simples lançamento de um percentual, desprovido de memorial de cálculo, torna-se desprovido de confiabilidade. Infração 3 procedente.

Na infração 5, cujo demonstrativo está à fl. 56, alega em sua defesa, que o fisco acusou o impugnante de ter efetuado saídas tributadas como não tributadas. Não trouxe qualquer prova de que essas saídas não fossem tributadas, mas apenas o pedido de que o fisco deveria conceder o respectivo crédito decorrente das entradas. Se as entradas foram feitas sem o respectivo crédito de imposto, neste caso, cabe ao contribuinte o pedido da escrituração extemporânea do crédito fiscal.

Ainda que fosse comprovado o direito ao crédito das operações anteriores, não cabe compensação no Auto de Infração. Logo, se a empresa fizer jus, deverá solicitar a escrituração extemporânea e não a compensação no próprio Auto de infração. Assim, denego o pedido de diligência por falta de fundamentação da necessidade de tal intervenção, e julgo procedente a infração. Infração 5 procedente.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **124274.0163/12-8**, lavrado contra **RMR AGROINDÚSTRIA, COMÉRCIO ATACADISTA, BENEFICIAMENTO E EMPACOTAMENTO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$312.786,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alíneas “a” e “f” e VII, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. Recomenda-se a instauração de novo procedimento fiscal para a apuração das diferenças apontadas na infração 4.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de outubro de 2013.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAÚJO - JULGADOR