

A. I. N° - 113837.0004/12-3
AUTUADO - ASSOCIAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SOLIDÁRIO DA REG.
DO SISAL – APAEB
AUTUANTE - PAULINO ALVES DE ARAÚJO
ORIGEM - INFRAZ SERRINHA
INTERNET - 07.05.2014

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0060-02/14

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ENQUADRADA NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Defesa não apresentou elementos capazes de elidir a imputação. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA DE 1% DO VALOR COMERCIAL DAS MERCADORIAS NÃO ESCRITURADAS. Contribuinte não comprovou a escrituração das notas fiscais. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/09/2012, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$56.026,37, em razão de:

INFRAÇÃO 01 – 01.02.06 - Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Valor R\$56.788,36. Refere-se a aquisição de gado bovino e suíno de abatedor não credenciado (pessoa física) e emitindo Nota Fiscal de Entradas, destacando e não recolhendo o imposto devido e utilizado indevidamente o referido valor destacado como crédito fiscal.

INFRAÇÃO 02 – 16.01.02 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributada sem registro na escrita fiscal. Multa de 1%. Valor da infração R\$238,01.

O autuado ao impugnar o lançamento tributário, folhas 466 a 471, diz que é uma entidade civil sem fins lucrativos, cuja finalidade social dista de qualquer atividade de natureza mercantil, citando ter recebido diversos prêmios. Sendo reconhecida com entidade de utilidade pública pelo Estado da Bahia, pelo Município e pela União.

Acrescenta que, em Processo de Consulta n° 041.212/97, através do Parecer n° 082/98 emitido pela Gerência de Tributação da Secretaria da Fazenda, o Estado da Bahia reconheceu a total desoneração da APAEB em relação à incidência do ICMS. Aduz que o referido parecer foi exarado no bojo do processo de consulta, através do qual a APAEB indagou acerca do gozo da isenção por parte da entidade além da correta utilização do instituto do diferimento, quando da circulação da fibra do sisal e dos tapetes provenientes do mesmo produto. Afirma que, na ocasião, a APAEB anexou aos autos cópia do seu estatuto social, demonstrando assim, a sua adequação aos requisitos previstos no inciso II do art. 32 do Regulamento do ICMS.

Em relação à infração 01, reconhece que houve, de fato, a utilização do crédito. Alega a ocorrência de uma atenuante, vez que a mercadoria foi tributada em sua saída, quando não o deveria, como demonstram os relatórios de vendas e a cópia do livro de apuração do ICMS, que acosta a defesa. A título exemplificativo, junta cópias das Notas Fiscais de saída das mercadorias, nas quais há o destaque do imposto pago, doc. 07.

Assegura que o erro do autuado foi tratar a operação que estava submetida ao regime de antecipação, como se fosse uma operação regida pelo sistema normal de tributação, entretanto tal fato não configurou qualquer prejuízo ao erário estadual.

Conclui que, considerando o inequívoco recolhimento do imposto na saída da mercadoria, não lhe parece razoável e legal, que seja cobrado do contribuinte o ressarcimento do crédito utilizado na entrada, ensejando assim o direito do contribuinte de reaver o que foi pago indevidamente na saída.

No tocante à infração 02, reconhece que, por força do art. 217, inciso I, do RICMS/12, todas as entradas de mercadorias ou bens no estabelecimento deverão ser registradas no livro de Registro de Entradas, mas não reconhece essas referidas notas, pois as mercadorias não entraram no seu estabelecimento, portanto, não tem conhecimento sobre estas operações, muito menos fazer a escrituração das Notas Fiscais.

Frisa que cabe aos fornecedores explicar o fato de terem emitidos esses documentos fiscais sem os devidos pedidos de compras e muito menos encaminhados as mercadorias para o destinatário, cometendo assim, uma falta grave.

Destaca que: *“... até tentou contato com os fornecedores citados para tentar esclarecer os fatos, sendo que não conseguiu êxito, pois os mesmos não apresentou qualquer documento que comprovasse a efetiva transação de compra com entrega das mercadorias em seu estabelecimento.”*

Ao final, requer pela improcedência da autuação e, em nome do Princípio da Eventualidade, na hipótese de não serem acolhidas as teses de defesa referidas na infração 01, seja reconhecido o direito ao crédito do autuado referente as saídas tributadas constante do auto de infração.

Na informação fiscal o autuante, folhas 984 a 986, em relação à infração 01, ressalta que o autuado reconhece as utilizações dos créditos, porém afirma que por desconhecimento da característica das mercadorias envolvidas, tratou a operação que estava submetida ao regime de antecipação, como se fosse uma operação regida pelo sistema normal de tributação e, portanto, não teria causado prejuízo ao erário público na operação. O que não condiz com a realidade dos fatos, pois, efetivamente, não é dessa forma que deve operar pelo sistema normal de tributação, pois se assim fizermos estaremos dando sérios prejuízos ao erário público.

Aduz que o primeiro erro a ser apontando é que numa operação regida pelo sistema normal de tributação o contribuinte não deve se creditar de uma nota fiscal de sua emissão com destaque do imposto sem antes recolher aquele valor destacado como imposto, senão estará se beneficiando indevidamente ao utilizar um crédito que não foi anteriormente pago. O segundo erro é que agindo dessa forma estará dando sérios prejuízos ao erário público e como consequência será autuado e pagará as multas imputadas pela legislação.

Alega que a única verdade apontada pela defesa é quando afirma que na operação em tela houve a ocorrência de uma atenuante, vez que as mercadorias foram tributadas nas saídas. Em verdade esse atenuante foi observado no levantamento, pois cobrou apenas a utilização indevida do crédito, isto é, cobrou aquele valor destacado e não pago a título de ICMS em suas Notas Fiscais de Entradas. E deixou de aplicar a MVA sobre o valor das compras e, consequentemente, não cobrou a parcela referente à substituição tributária.

Entende que não procede à alegação da autuada quando afirma não haver dado prejuízo ao erário com a sua confusão tributária, pois, como ficou esclarecido acima, a autuada, ao se creditar de um imposto destacado sem antes ter feito o devido recolhimento, causou prejuízo ao erário público. E, quanto à fração paga nas saídas, salienta que não é suficiente para cobrir toda a operação, pois, como sabemos, uma das principais características do ICMS é a não cumulatividade, isto é, só será pago nas saídas o valor apurado da diferença entre a aplicação da alíquota cabível sobre a nova base de cálculo (vendas) abatido do valor anteriormente creditado quando das compras. Como no caso em tela o autuado não efetuou o recolhimento do ICMS devido em suas compras e mesmo assim se creditou e pagou apenas a diferença nas saídas.

Relativamente à infração 02, salienta que o autuado generaliza a sua defesa alegando o seu desconhecimento dos referidos documentos fiscais e transfere a responsabilidade da falta de lançamento dos mesmos, aos seus fornecedores, que segundo ela estariam emitindo documentos fiscais indevidamente em seu nome.

Entende que o referido argumento não condiz com as evidências dos fatos, pois todas as notas fiscais lançadas nos levantamentos são de emissão de empresas reconhecidamente idôneas e de fornecedores do ramo da autuada que opera como supermercado, conforme se observa dos documentos fiscais anexos aos autos e que ora cita como exemplo: os anexos as fls. 327 a 354 emitidos pela BRASKOL DIST DE BEBIDAS LTDA, os anexos as fls. 355 a 458 emitidos pela NAPOLE COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA e os anexos as fls. 459 a 462 emitidos pela COMERCIAL DE ESTIVAS SEIS IRMÃOS LTDA, para citarmos apenas três.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi convertido em diligência à ASTEC/CONSEF para que fossem adotadas as seguintes providências: Com base nos livros, documentação fiscal e visita ao estabelecimento autuado, informar se o mesmo realiza atividades comerciais, inerentes aos contribuintes do ICMS; Em caso positivo, citar quais são essas atividades e Acostar ao PAF cópia do PARECER GECOT 082/98.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER TÉCNICO Nº 106/2013 às fls. 993 a 994 dos autos, após descrever o que foi pedido pelo Relator, o procedimento do autuado e do autuante e de como foi realizado o trabalho diligencial, afirma que o estabelecimento autuado é uma mercado de pequeno porte que exerce atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de gênero alimentícios, anexando cupons fiscais para comprovação à folha 995.

Concluiu o diligente que: *“Efetuada verificação in loco no estabelecimento autuado, constatou-se que o mesmo exerce atividade comerciais inerente aos contribuinte do ICMS, fato comprovado com visita ao estabelecimento autuado, bem como cupons fiscais anexados à fl. 995.”*

Às folhas 996 a 999, acostou cópia do PARECER/GECOT Nº 082/98.

O autuado, fls. 1002 e 1003, recebeu cópia do resultado da diligência e foi intimado para se manifestar, entretanto, silenciou.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS e aplicar multas por descumprimento de obrigações acessórias decorrente de 02 (duas) infrações.

Na infração 01, é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por substituição tributária. Já na infração 02 foi aplicada multa imputando ao autuado der dado entrada no estabelecimento de mercadorias não tributada sem registro na escrita fiscal.

Em sua defesa, o autuado alega que é uma entidade civil e que não realiza atividade de natureza mercantil, salientando que, em Processo de Consulta nº 041.212/97, através do Parecer nº 082/98 emitido pela Gerência de Tributação da Secretaria da Fazenda, foi reconhecida a total desoneração em relação à incidência do ICMS.

Entendo que o argumento defensivo não pode ser acolhido, uma vez que diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, através do PARECER TÉCNICO Nº 106/2013 às fls. 993 a 994 dos autos, constatou que o estabelecimento autuado é uma mercado de pequeno porte, exercendo atividade de comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de gênero alimentícios, anexando cupons fiscais para comprovação à folha 995. Concluiu o diligente que: *“Efetuada verificação in loco no estabelecimento autuado, constatou-se que o mesmo exerce atividade comerciais inerente aos contribuinte do ICMS, fato comprovado com visita ao estabelecimento autuado, bem como cupons fiscais anexados à fl. 995.”*

Portanto, com base no resultado da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF, entendo não restar dúvida que o autuado realiza operações de compra e venda, restando caracterizada sua condição de contribuinte do ICMS.

Ademais, devo ressaltar que, diante da diligência fiscal, o autuado recebeu cópia do resultado sendo informado do prazo legal para se manifestar, entretanto, silenciou. Interpreto esse silêncio com reconhecimento tácito do novo valor reclamado, conforme Art. 140, do RPAF/99, o qual determina 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.”*.

Em relação ao Parecer nº 082/98, da GECOT/DITRI, somente se aplicar para nas saídas de mercadorias de produção própria, conforme previsto no inciso II, do artigo 32, do RICMS/97, abaixo transcrito, o que não é o caso da presente lide, pois restou evidenciado que o autuado realiza operações mercantis, como qualquer outro contribuinte do ICMS:

Art. 32. São isentas do ICMS as operações relativas à circulação de mercadorias:

II - nas saídas de mercadorias de produção própria, efetuadas por instituições de assistência social ou de educação, sem finalidade lucrativa, cujas vendas líquidas sejam integralmente aplicadas na manutenção de suas finalidades assistenciais ou educacionais, no País, sem distribuição de qualquer parcela a título de lucro ou participação (Convs. ICM 38/82 e 47/89, e Convs. ICMS 52/90, 80/91, 124/93 e 121/95); Grifei.

Especificamente em relação à infração 01, também não pode ser acolhido o argumento defensivo que o erro do autuado foi tratar a operação como se estivesse submetida ao regime de antecipação, como se fosse uma operação regida pelo sistema normal de tributação, pois, no caso em lide, o autuado estava obrigado a emitir a nota fiscal na entrada e recolher o ICMS destacado para poder utilizar o referido crédito fiscal.

Observo que o autuante apenas cobrou a utilização indevida do crédito, isto é, cobrou aquele valor destacado e não pago a título de ICMS em suas Notas Fiscais de Entradas. E deixou de aplicar a MVA sobre o valor das compras, e consequentemente, não cobrou a parcela referente à substituição tributária, pois essa parte ficou compensada ao tributar as saídas como se uma operação normal fosse.

Igualmente não acolho o argumento defensivo de que não teria causado prejuízo ao erário, uma vez que o autuado, ao se creditar de um imposto destacado sem antes ter feito o devido recolhimento, causou prejuízo ao erário público.

Portanto, a infração 01 é procedente.

Em relação ao argumento, especificamente apresentado em relação à infração 02, de que teria entrado em contato com os fornecedores, cabe registrar que, em meu entendimento o autuado demonstrou que teve acesso aos documentos fiscais que embasaram a infração, ao afirmar em sua defesa que:

“... até tentou contato com os fornecedores citados para tentar esclarecer os fatos, sendo que não conseguiu êxito, pois os mesmos não apresentou qualquer documento que comprovasse a efetiva transação de compra com entrega das mercadorias em seu estabelecimento.”

Ademais, como bem destacou o autuante, todas as notas fiscais lançadas nos levantamentos são de emissão de empresas reconhecidamente idôneas e de fornecedores do ramo da autuada que opera como supermercado, conforme se observa dos documentos fiscais anexos aos autos e que ora cita como exemplo: os anexos as fls. 327 a 354 emitidos pela BRASKOL DIST DE BEBIDAS LTDA., os anexos as fls. 355 a 458 emitidos pela NAPOLE COMERCIAL DE BEBIDAS LTDA. e os anexos as fls. 459 a 462 emitidos pela COMERCIAL DE ESTIVAS SEIS IRMÃOS LTDA., para citarmos apenas três.

Assim, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do auto de infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **113837.0004/12-3**, lavrado contra **ASSOCIAÇÃO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E SOLIDÁRIO DA REG. DO SISAL – APAEB.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$55.788,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no inciso VII, alíneas “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$238,01**, prevista no inciso XI, do art. 42, da citada diploma legal e dos acréscimos moratórios de acordo com a Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de abril de 2014.

FERNANDO ANTONIO BRITO ARAÚJO – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR