

A. I. Nº - 140844.0005/14-7
AUTUADO - JOSÉ MAURÍCIO SOARES - ME
AUTUANTE - NEY SILVA BASTOS
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.05.2016

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0086-05/16

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIAS COM IMPOSTO ANTECIPADO. Infração parcialmente procedente. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. [PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS.] EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração procedente em parte. 3. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOR. SAÍDAS DE MERCADORIAS REGULARMENTE ESCRITURADAS. ERRO NA APLICAÇÃO DA ALIQUOTA. Infração procedente em parte. 4. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. OPERAÇÕES NÃO ESCRITURADAS NOS LIVROS FISCAIS. Não foi aplicado o método correto de Auditoria Fiscal. Não há segurança na determinação da infração. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2014, exige ICMS no valor histórico de R\$639.818,49, em razão das seguintes irregularidades:

Infração 01 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação. ICMS no valor de R\$ 99.041,90 e multa de 60%.

Infração 02 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$ 421.082,57 e multa de 100%.

Infração 03 – Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. ICMS no valor de R\$ 52.820,20 e multa de 60%.

Infração 04 – Deixou de recolher no prazo regulamentar, ICMS referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. ICMS no valor de R\$ 66.873,82 e multa de 100%.

O autuado ingressa com defesa, fls. 84 a 88, e após descrever as infrações passa a impugná-las, como segue.

Na infração 01 aponta que o autuante ao levantar os créditos de ICMS escriturados nos livros fiscais, não identificou algumas notas fiscais, consequentemente, não foram consideradas para apropriação do crédito do ICMS, sendo, na maioria, emitidas pelo fornecedor Bunge Alimentos S/A, dando cobertura ao produto óleo de soja. Ressalta que todas estão escrituradas no livro Registro de Entradas, que se encontra em anexo, com as escriturações das respectivas notas fiscais. Requer a improcedência parcial da infração no montante de R\$ 25.902,45.

Na infração 02, relata que o autuante identificou várias notas fiscais que foram emitidas em seu favor, e que não constavam registradas nos respectivos livros fiscais. Assevera que desconhece a aquisição das referidas mercadorias, inclusive requisitou a prova da entrega por meio de canotos, posto que o ônus da prova cabe a quem acusa, no caso o Estado.

Caso não seja acatada a sua alegação, diz que o autuante aplicou, de forma genérica, a alíquota de 17%, para todo e qualquer produto, não considerando os créditos destacados nas notas fiscais, o que lhe causa um dano irreparável, e enriquecimento sem causa a favor do Estado.

Requer a improcedência da infração.

Na infração 03, relativa aos produtos, de forma predominante, óleo de soja, arame farpado, papel higiênico, leite em pó, estes possuem base de cálculo reduzida que gera uma alíquota de 12% e de 7%, fato não levado em conta pelo autuante. Quanto ao arame farpado, este é um produto relacionado nas mercadorias sujeitas à substituição tributária, e dessa forma, nas saídas internas não haveria ICMS a recolher. Requer a improcedência da autuação.

Na infração 04, o autuante tenta demonstrar através da planilha “Demonstrativo n. 04”, que o saldo credor inicial transferido da competência 12/2011, estava eivado de vícios, com mercadoria inexistente no estoque inicial de 2012. Mais uma vez, sustenta que o autuante se equivocou, já que os valores referentes aos produtos: arame farpado Moto, fósforo Guarani, Leite em pó Itambé, Margarina Qualy, Margarina Deline e Óleo Soya, foram todos transferidos para o dito demonstrativo n. 04, extraídos do livro Registro de Inventário, referente a 31 de dezembro de 2011. Aduz que há uma série de situações que tornam a infração insegura, o que é suficiente para ser tratada como improcedente, como aponta:

1 – Se a planilha é denominada de “Auditoria de Crédito do ICMS – mercadoria inexistente no estoque inicial de 2012”, o que se espera é que sejam levantados valores de mercadorias e/ou quantidades divergentes daqueles que foi declarado pelo contribuinte, em seu Registro de Inventário, o que não ocorreu, já que, como dito anteriormente, o autuante transferiu literalmente os valores existentes no Inventário para a planilha.

2 – Após serem transferidos os valores constantes no Inventário, o autuante aplicou, de forma genérica, as supostas alíquotas de ICMS, para aqueles produtos que constam no demonstrativo, atingindo um montante de R\$182.950,67, quando o crédito do ICMS que fora transferido foi de R\$ 251.407,97, gerando um saldo credor a maior, segundo o autuante, de R\$ 68.457,30, desencadeando o saldo devedor constante no Demonstrativo 05.

Inconformado com tal procedimento, o defendente aduz que o crédito do ICMS deve ser levantado através da apuração do ICMS, conta corrente, já que podem ocorrer diversas variáveis no decorrer do exercício, como por exemplo, pagamento de antecipação parcial, estornos de débitos, etc. Ao aplicar as alíquotas sobre o montante encontrado e glosar parte do crédito do ICMS que se encontrava escriturado nos livros fiscais, resta demonstrado um flagrante equívoco, já que a forma do levantamento do crédito não pode ocorrer através de mera presunção, e sim, através da combinação de diversas variáveis. Requer a improcedência total da infração. Dessa forma, solicita a nulidade parcial do AI, no valor de R\$ 570.679,04.

O autuante presta a informação fiscal, fls. 126 a 129, e após analisar todos os documentos fiscais apresentados na defesa, inerentes à infração 01, ficou evidenciado que as notas fiscais 90059, 88971, 110233, 119107, e parte da nota 116099, merecem ajustes, bem como as notas fiscais 157352, 157353, 2049, 4628, e 18254, sendo que o valor da infração passou de R\$ 99.041,90 para R\$ 76.009,38, conforme novo demonstrativo de fls. 133 a 156 do PAF. Porém depois de abatido o débito reconhecido parcialmente pelo autuado, no valor de R\$ 69.139,45, restou como devido, a importância de R\$ 6.869,93, que corresponde aos valores que foram verdadeiramente lançados no demonstrativo 01, elaborado pelo autuante e não consignados na defesa, fl. 120 do PAF.

Quanto à infração 02, aduz que solicitou da SEFAZ as notas fiscais eletrônicas de todo o período fiscalizado e constatou que muitas das aquisições referem-se a mercadorias elencadas na substituição tributária, portanto com a fase de tributação encerrada, como por exemplo: aguardente, cimento, bebida quente, açúcar, cerveja e refrigerante. Dentre outras situações sem o destaque do ICMS, no período fiscalizado, constam também operações com mercadorias referentes às devoluções de vasilhames ou sacarias para os seus fornecedores. (fls. 163 a 385 do PAF).

Também ficou constatado que 41 notas fiscais elencadas no demonstrativo 02, relativas ao mês de dezembro de 2013, encontram-se todas registradas entre os dias 02 e 03 de janeiro de 2014, conforme cópia do livro Registro de Entradas, relativo ao período de 01/01/2014 a 31/01/2014, (fls. 386 a 390 do PAF). Logo do total da base de cálculo apurada pelo autuante em dezembro de 2013, no valor de R\$ 767.388,71, resultou uma base de cálculo de R\$ 50.333,38, depois de excluídos dela os valores dos 41 documentos fiscais no montante de R\$ 717.055,33, devidamente escriturados em janeiro de 2014, que relaciona, na fl. 128.

Relata o preposto fiscal que o procedimento mais apropriado seria a aplicação da penalidade fixa ao invés de cobrança do imposto com a alíquota cheia, por este motivo recomenda a modificação da infração 02, que após os ajustes efetuados fica alterado o valor original de R\$ 421.082,57 para R\$ 65.622,37, segundo o novo demonstrativo elaborado por ele (fls. 157 a 162). Dessa forma, como não houve na ação fiscal, o aproveitamento dos créditos fiscais, entende que tanto seria atendida a alegação dos créditos fiscais destacados nos documentos e não considerados pelo autuante, assim como corrigidas as distorções propostas pelo autuado na impugnação.

Já no tocante a infração 03, ao analisar o demonstrativo n. 03, fica evidenciado que realmente sobre as mercadorias cuja fase de tributação já fora encerrada houve a incidência indevida do imposto. Aduz que sobre outras mercadorias também foram utilizadas alíquotas diferentes das previstas na legislação do ICMS. Salaria que as mercadorias: arame farpado, lava roupas em pó, encontravam-se no período fiscalizado, enquadradas no regime de substituição tributária, embora indevidamente exigidos 17% de ICMS. Anexa cópias de algumas notas fiscais de compras de mercadorias supracitadas com o imposto retido (fls. 397 a 408).

Quanto ao óleo refinado de soja, este goza do benefício de redução da base de cálculo, cuja alíquota é de 12%, exigida indevidamente a 17%; papel higiênico- alíquota de 17% até 31/03/13, e a partir de 01/04/13, redução de base de cálculo cuja carga tributária passou a ser de 12%. Margarina e Leite em pó, alíquota de 7%, corretamente exigida na ação fiscal, e para outras mercadorias exigidas na fiscalização: sabonete, mortadela, molho pronto, maisena, óleo de canola, óleo de milho, óleo de girassol, sardinha e maionese foi aplicada corretamente e mantida a alíquota de 17%.

Depois de efetuados os devidos ajustes nas saídas de mercadorias incluídas no demonstrativo n. 03, altera o valor da infração para R\$ 8.432,57, conforme demonstrativo elaborado pelo fiscal estranho ao feito, (fls. 391 a 396 do PAF).

Referente à infração 04, considera que as alegações defensivas são suficientes para a formação de um juízo de valor sobre a questão, e propõe a sua insubsistência.

Após ser cientificado da informação fiscal, conforme AR de fl. 417, a sociedade empresária não se manifestou.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração foi lavrado com observância do art. 39 do RPAF/99 (Decreto 7.621/99) e encontra-se apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Na infração 01 está sendo exigido ICMS em decorrência de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento de imposto por antecipação tributária, no período de janeiro de 2012 a dezembro de 2013, no valor de R\$ 99.041,90.

O defendente requer a improcedência parcial desta infração no montante de R\$ 29.902,45, posto que não foram consideradas que as notas fiscais emitidas pela Bunge Alimentos S/A, são relativas ao produto óleo de soja, que não está sujeito à substituição tributária.

Assim, inicialmente o autuado reconhece como devida parte da infração, no valor de R\$ 69.139,45, de acordo com o Requerimento de Parcelamento e Demonstrativo de débito, de fls. 122/123 do PAF. Solicita a improcedência parcial da infração.

Na informação fiscal, preposto fiscal estranho ao feito, reconhece que as notas fiscais 3188 17985, registradas em duplicidade pelo autuado, em 31/07/2012 e 01/08/2012, fls. 95 e 96 do PAF, nota fiscal 465686 e parte da nota fiscal nº 116099, integram o demonstrativo nº 01, cujos valores dos créditos foram efetivamente lançados pelo autuante nos meses e respectivos valores: março/12, R\$ 29,82; agosto/12, R\$ 5.731,70; julho/13, R\$ 217,08 (somatório de R\$ 105,54 + R\$ 111,54) e outubro/13, R\$ 892,25 (somatório de R\$ 391,00 + R\$ 471,50 + R\$ 29,75), totalizando R\$ 6.869,93 (fls. 91 a 119 do PAF). Assim, após os ajustes realizados o valor da infração passou de R\$ 99.041,90 para R\$ 76.009,38, conforme novo demonstrativo de fls. 133 a 156 do PAF.

Salienta, o auditor fiscal, que o autuado reconheceu o valor de R\$ 69.139,45, mas mantém a infração no valor de R\$ 76.009,38.

Concordo com o novo valor da infração, após os ajustes efetuados pelo auditor fiscal, ao tempo em que saliento que a sociedade empresária ao tomar conhecimento da informação fiscal não se manifestou.

Infração parcialmente procedente no valor de R\$ 76.009,38.

A infração 02 exige ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, conforme auditoria realizada nos exercícios de 2012 e de 2013, no valor de R\$ 421.085,27.

O defendente nega o recebimento das mercadorias, e argumenta que requisitou a prova de sua entrega, tais como os canhotos de comprovantes de entrega. Caso não seja acolhida esta tese, requer que sejam considerados os créditos fiscais, pelo princípio da não cumulatividade.

A Lei 7.014/96, no art. 4º, parágrafo 4º dispõe:

Art. 4º - Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

II - suprimimento a caixa de origem não comprovada;

III - manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

V - pagamentos não registrados;

VI - valores das operações ou prestações declarados pelo contribuinte inferiores aos

Portanto, as entradas de mercadorias ou bens não registrados dão ensejo à presunção legal de ter ocorrido operações tributáveis sem pagamento do imposto, ou seja, a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Trata-se de presunção *júris tantum*, e nesse caso, o ônus da prova é do contribuinte, que deve promover os meios para desconstituir a acusação fiscal.

Na presente lide, o sujeito passivo nega somente o cometimento da infração, ao sustentar que não teria recebido as mercadorias. Contudo, observo, no levantamento efetuado pelo autuante, que compõe o Demonstrativo da Infração, gravado em CD-R, cuja cópia foi entregue ao contribuinte, que as notas fiscais objeto da infração são eletrônicas, a chave de acesso está especificada em cada uma, são provenientes de grandes empresas, tais como Votorantim Cimento, Bunge Alimentos, Engarrafamento Pitu Ltda, Chocolates Garoto, entre outros, e caberia ao autuado promover junto a esses, e aos demais fornecedores, o seu inconformismo com o uso indevido de seu nome na emissão de tais documentos. Nada disso foi feito ou comprovado.

Assim, entendo que a infração está em consonância com a Lei 7.014/96, bem como o Regulamento do ICMS, Decreto 13.780. Ademais, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidi-la, conforme art. 143 do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Contudo, ao prestar a informação fiscal, o auditor fiscal estranho ao feito, constatou que houve equívocos na apuração da infração. Relatou que foram inclusas, dentre outras situações sem o

destaque do ICMS, no período fiscalizado, operações com mercadorias referentes às devoluções de vasilhames ou sacarias para os seus fornecedores. (fls. 163 a 385 do PAF). Também que 41 notas fiscais referentes ao mês de dezembro de 2013 foram registradas no mês de janeiro de 2014. (Fls. 386 a 390 do PAF). Assim, da base de cálculo do mês de dezembro de 2013 foram excluídos itens que perfazem R\$ 717.055,33 e a base de cálculo passou a ser de R\$ 50.333,38, naquele mês.

Concordo com essa correção, pois de fato, as 41 (quarenta e uma) notas fiscais estão registradas no livro Registro de Entradas no mês de janeiro de 2014.

Não acolho o entendimento do auditor fiscal, manifestado na informação fiscal de que mercadorias elencadas na substituição tributária também constam no levantamento fiscal e deveriam ser excluídas. Além de essas mercadorias serem tributadas, inclusive antecipadamente, o que está sendo exigido na infração é o ICMS que deixou de ser recolhido ao erário, decorrente da aquisição de mercadorias com recursos provenientes de operações anteriormente realizadas. Nesse caso não importa se as mercadorias estariam com a fase de tributação encerrada. Quanto aos créditos fiscais, após o pagamento do Auto de Infração, a sociedade empresária pode pleitear a sua utilização nos termos compatíveis com a legislação tributária.

Julgo procedente em parte a infração, no valor de R\$ 299.183,17, sendo que no mês de dezembro de 2013, a base de cálculo perfaz R\$ 50.333,38 e o ICMS de R\$ 8.556,68.

Infração procedente em parte no valor de R\$ 299.183,17.

A infração 03 decorreu do recolhimento a menor do ICMS em razão de aplicação diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente tributadas, no valor de R\$ 52.820,20.

O defendente argui que predominantemente os produtos autuados foram óleo de soja, arame farpado, papel higiênico, leite em pó, que possuem regras específicas não observadas pelo autuante, todos com redução de base de cálculo que geram alíquota de 12% para os dois primeiros e de 7% para o último. Quanto ao arame farpado, está sujeito à substituição tributária nas saídas internas.

O auditor fiscal que prestou a informação de fl. 128 reconhece que arame farpado e lava roupas em pó, por estarem sob o regime de substituição tributária foram indevidamente incluídos na infração.

Quanto ao óleo de soja, goza do benefício da redução de base de cálculo, com alíquota de 12%, papel higiênico a partir de 01/04/2013, tem redução de base de cálculo que resulta na alíquota de 12%.

Margarina e leite em pó possuem alíquota de 7%, corretamente exigida na ação fiscal. Outras mercadorias tiveram a aplicação da alíquota correta no levantamento fiscal.

Desse modo, conclui que a infração passou a ter o valor de R\$ 8.432,57, conforme o novo demonstrativo de fls. 409 a 414 do PAF. No que concordo, conforme demonstrativo de débito:

| MÊS | ICMS |
|----------------|----------|
| JANEIRO/2012 | 1.590,00 |
| FEVEREIRO/2012 | 63,60 |
| JUNHO/2012 | 259,34 |
| JULHO/2012 | 207,13 |
| AGOSTO/2012 | 227,12 |
| SETEMBRO/2012 | 410,07 |
| OUTUBRO | 802,10 |
| NOVEMBRO/2012 | 514,17 |
| DEZEMBRO/2012 | 524,88 |
| JANEIRO/2013 | 340,91 |
| FEVEREIRO/2013 | 469,32 |
| MARÇO/2013 | 776,40 |
| ABRIL/2013 | 467,11 |
| MAIO/2013 | 222,10 |
| JUNHO/2013 | 34,00 |

| | |
|-------------------|----------|
| AGOSTO/2013 | 526,69 |
| SETEMBRO/2013 | 400,71 |
| OUTUBRO/2013 | 564,67 |
| NOVEMBRO/2013 | 32,25 |
| TOTAL DA INFRAÇÃO | 8.432,57 |

Infração procedente em parte.

A infração 04 decorreu da falta de recolhimento, do ICMS no prazo regulamentar, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, no valor de R\$ 66.873,82, nos meses de janeiro, fevereiro e maio de 2012.

O auditor fiscal estranho ao feito concorda com as razões da defesa e propõe a improcedência da infração.

No demonstrativo intitulado AUDITORIA DO CRÉDITO DO ICMS, MERCADORIA INEXISTENTE NO ESTOQUE INICIAL DE 2012, o autuante relaciona mercadorias em que teria sido utilizado o crédito com alíquotas errôneas. Consta que a empresa utilizou crédito no livro RAICMS – saldo credor inicial, o valor do crédito é superior ao estoque inicial existente, das mercadorias tributadas.

Assim apurou um crédito indevido no valor de R\$ 66.872,82, sendo que o crédito do ICMS correto seria de R\$ 182.950,67, como aponta.

Transpôs esse crédito para o demonstrativo nº 05, no qual sintetizou a recomposição do Conta Corrente da empresa, com título AUDITORIA DE PAGAMENTO DE ICMS, e detectou que não foi pago o ICMS nos meses apontados na infração.

O defendente reclama da forma como a infração foi apurada, por mera presunção sem que tenha sido aplicado um roteiro de auditoria factível para apurar o Conta Corrente Fiscal. Auditor fiscal que prestou a informação fiscal concorda com os argumentos do defendente.

De fato, observo que não foi aplicado o roteiro de auditoria capaz de detectar erro na utilização do crédito fiscal do ano anterior, que teria resultado em indevido saldo credor, no exercício de 2011, transposto para o mês de janeiro de 2012, ponto de partida para a reconstituição do conta corrente fiscal.

Não há segurança na acusação fiscal, pelo que voto pela nulidade da infração, e aplico o disposto no art. 18 do RPAF/99, Decreto 7.629/99.

Infração nula.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

5yyk

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 **140844.0005/14-7**, lavrado contra **JOSÉ MAURÍCIO SOARES – ME**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$383.625,12**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 84.441,95 e de 100% sobre R\$299.183,17 previstas no art. 42, II, “a” e “e” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2016.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - JULGADOR