

A. I. Nº - 232943.0003/15-1
AUTUADO - MORAIS TRANSPORTES E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. -EPP
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24.08.2016

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0117-02/16

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Infração caracterizada em decorrência da constatação de diferenças tanto de entradas omitidas como de saídas através de auditoria de estoques, sendo correta a exigência do imposto com base no valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Reduzido o débito após a aplicação da proporcionalidade prevista na IN 57/2003. 2. LIVROS FISCAIS. RAICMS. OPERAÇÕES ESCRITURADAS. a) IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro de apuração. b) IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infrações não impugnadas. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. BENS DESTINADOS PARA INTEGRAR O ATIVO IMOBILIZADO. Elidida a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2015, para exigência de ICMS no valor de R\$214.653,33, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

01 – 04.05.05 - Falta de recolhimento do ICMS no valor R\$161.834,64, 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 entrada – 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, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercícios fechados (2011, 2012 e 2013), conforme demonstrativos às fls.21 a 67.

02 – 03.01.01 - Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$ 624,25, nos prazos regulamentares, em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses janeiro a março, outubro e dezembro de 2011, e janeiro de 2012, conforme demonstrativos e documentos às fls.68 a 90.

03 – 02.01.01 – Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$11.839,59, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, no mês de dezembro de 2013,

conforme demonstrativo e documentos às fls.91 a 94.

04 – 06.02.01 - Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 22.104,85, 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, nos meses de fevereiro, maio a dezembro de 2011, fevereiro a junho, agosto a dezembro de 2012, janeiro, março a agosto, outubro e novembro de 2013 conforme demonstrativo às fls.95 a 99.

05 – 06.01.01 - Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$18.250,00, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de junho de 2012, março e abril de 2013, conforme demonstrativo à fl.100.

O autuado, através de seu procurador legalmente constituído nos autos, fls.116 a 121, impugnou o lançamento com base nas seguintes razões defensivas.

INFRAÇÃO 01 – 04.05.05

Inicialmente, ressalta que as diferenças apresentadas não representa omissões de entradas, pois tem como atividade principal Supermercado, cujo “Registro de Inventário de Mercadorias” se apresenta com itens de forma alfabética até a letra “F”.

Para demonstrar o alegado, diz que selecionou 03 páginas do demonstrativo apresentado pelo autuante no anexo “OMISSÕES DE SAÍDAS 2011”, e apurou na página 4/195 o produto Charque 2.270 FD ao preço de R\$ 2.950,00 totalizando uma diferença R\$66.950,00; na página 16/195 o produto Açúcar comum Rio Bahia 431,4 FD ao preço de R\$610,00 totalizando uma diferença R\$263.154,00; na página 19/195 o produto Açúcar comum 30x1kg 584,70 FD ao preço de R\$87,61 totalizando uma diferença de R\$51.226,05.

Destaca que o RICMS diz: *“nas hipóteses de saldo credor de caixa, de suprimento de caixa de origem não comprovada, de passivo fictício ou inexistente e de entradas ou pagamentos não registrados na escrituração, o valor do saldo credor de caixa ou do suprimento de origem na comprovada, ou do exigível inexistente, ou dos pagamentos ou do custo das entradas não registrados, conforme o caso, que corresponderá ao valor da receita não declarada;”*

No caso, diz que o autuante não comprovou saldo credor de caixa, nem suprimento de caixa de origem não comprovada, nem tampouco manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, e mesmo assim, apesar de flagrante, os erros no arquivo apresentado, que foi realmente informado pela autuada, por outro lado, *o seu valor apurado está incorreto, dado que o autuante, aplicou, indistintamente, a alíquota de 17% sobre as diferenças apresentadas, esquecendo-se de que a maioria das saídas da autuada contempla mercadorias isentas, com substituição tributária e com antecipação parcial, exigindo a aplicação da proporcionalidade para a determinação da base de cálculo e valor do ICMS.*

Concluindo, diz que se aplicando o fator de proporcionalidade o débito da infração 01 é de apenas de R\$ 39.176,03, conforme demonstrativos a seguir:

Exercício de 2011 Mercadorias adquiridas para comercialização

Total das entradas.....R\$ 2.312.714,28 = 100%

Total das entradas tributáveisR\$ 547.792,52 = 23,69%

Total das entradas isentas.....R\$ 779.724,53 = 33,71%

Total das entradas outras.....R\$ 985.224,23 = 42,60%

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2011.....23,69%

Infração 1 – Diferenças apuradas em 2011.....R\$ 802.088,05

Infração 1 - Base de cálculo em 2011 (802.088,05 x 23,69%).....R\$ 190.017,27

Infração 1 - ICMS a recolher ref. 2011.....R\$ 32.302,93

Exercício de 2012 Mercadorias adquiridas para comercialização

Total das entradas.....R\$ 3.388.948,28 = 100,00 %

Total das entradas tributáveisR\$ 954.104,06 = 28,16 %

Total das entradas isentas.....R\$ 1.223.876,90 = 36,11 %

Total das entradas outras.....R\$ 1.210.967,32 = 35,73 %

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2012.....28,16%

Infração 1 – Diferenças apuradas em 2012.....R\$ 82.187,64

Infração 1 - Base de cálculo em 2012 (82.187,64 x 28,16%).....R\$ 23.144,04

Infração 1 - ICMS a recolher ref. 2012.....R\$ 3.934,49

Exercício de 2013

Total das entradas.....R\$ 2.685.479,98 = 100,00 %

Total das entradas tributáveis.....R\$ 685.921,99 = 25,54 %

Total das entradas isentas.....R\$ 965.968,12 = 35,97 %

Total das entradas outras R\$ 1.033.589,37 = 38,49 %

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2013.....25,54%

Infração 1 – Diferenças apuradas em 2013.....R\$ 67.681,76

Infração 1 - Base de cálculo em 2013 (67.681,76 x 25,54%).....R\$ 17.285,92

Infração 1 - ICMS a recolher ref. 2013.....R\$ 2.938,61

Com base nisso, aduz que o valor das entradas não tributáveis no exercício corresponde aos percentuais acima apurados, tendo apresentado demonstrativos das entradas às fls.118 e 121.

INFRAÇÃO 02 – 03.01.01

O autuado reconhece integralmente o débito lançado neste item.

INFRAÇÃO 03 – 02.01.01

O autuado reconhece integralmente o débito lançado neste item.

INFRAÇÃO 04 – 06.02.01

O autuado não reconheceu esta infração, alegando que as mercadorias que deram origem a diferença ente as alíquotas discriminadas nas notas fiscais pelo autuante, basicamente refere-se a peças para veículo, cujo ICMS foi recolhido através de GNRE pelo emitente, e que conforme destacado na própria NFe, se refere a prestação de serviços e, ou foram recolhidas através de DAE, conforme documentos acostados às fls. 151 a 241.

INFRAÇÃO 05 – 06.01.01

O autuado reconhece integralmente o débito lançado neste item.

Ao final, declara seu reconhecimento de parte da infração 01 no valor de R\$ 39.176,03; infração 02 no valor de R\$ 624,25; infração 03 no valor de R\$ 11.839,59; e infração 05 no valor de R\$ 18.250,00, em valor total reconhecido de R\$69.889,87, e pugna pela procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.247 a 248, o autuante rebateu as razões defensivas fazendo referência a “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. (Art. 143 do RPAF)”

Em relação à infração 01, destaca que, reconhecida, pelo autuado, a existência de diferenças nos seus estoques, diz caber-lhe apenas retificar o seu Demonstrativo de Cálculo do Fator de Proporcionalidade, adequando-o ao disposto na IN 56/2007 que disciplina a matéria, conforme demonstrativo às fls.248 a 250.

Assim, registra que face a retificação da proporcionalidade, fica a infração 01 com os seguintes valores:

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2011:31,68%

Diferenças apuradas em 2011..... R\$ 802.099,05

Base de cálculo em 2011 (R\$ 802.099,05 x 31,68%)..... R\$ 254.104,97

ICMS a recolher relativo a 2011 R\$ 43.197,84

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2012:31,34%

Diferenças apuradas em 2012..... R\$ 82.187,64

Base de cálculo em 2012 (R\$ 82.187,64 x 31,34%)..... R\$ 25.757,61

ICMS a recolher relativo a 2012 R\$ 4.378,79

Percentual de proporcionalidade a ser aplicado em 2013:22,86%

Diferenças apuradas em 2013..... R\$ 67.681,76

Base de cálculo em 2013 (R\$ 67.681,76 x 22,86%)..... R\$ 15.472,05

ICMS a recolher relativo a 2013 R\$ 2.630,25

O preposto fiscal ratificou os valores originais das infrações 02, 03 e 05, e diz que após verificação dos documentos às folhas 151 a 241 acostados ao PAF, conclui que o autuado conseguiu elidir a infração 04.

Conclui pela procedência do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls.253 a 254, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.247 a 250, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado o sujeito passivo manteve-se silente.

Constam às fls. 256 a 259, documentos extraídos do SIDAT – Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária, intitulados de “Relatório Débito do PAF”, referente a parcelamento reconhecido.

VOTO

Na análise das peças processuais, verifico que a exação proposta no auto de infração, se refere a cinco infrações discriminadas na inicial, sendo que o sujeito passivo em sua impugnação discordou apenas das infrações 01 – 04.05.05 e 05 – 06.01.01, referente a omissão de entradas de mercadorias tributáveis apuradas através de levantamento físico dos estoques e da falta de recolhimento do ICMS Diferencial de Alíquota, relativo a aquisição, fora do Estado, de mercadorias para o seu ativo imobilizado, respectivamente.

Sendo assim, subsistem integralmente as infrações 02 – 03.01.01 (recolhimento a menor o ICMS empresa normal devidamente escriturada nos livros próprios, no valor de R\$624,25; 03 – 02.01.01 (falta de recolher o ICMS empresa normal devidamente escriturada nos livros próprios, no valor de R\$11.839,59; 04 – 06.02.01 (deixou de recolher o ICMS Diferencial de Alíquota relativo a aquisição, fora do Estado, de mercadorias para uso e consumo, no valor de R\$ 22.104,85.

Quanto à infração impugnada de nº 01 – 04.05.05, referente a diferença de entradas apurada através de auditoria de estoques, conforme demonstrativos às fls. 21 a 67, o autuado ao defender-se não concordou com o resultado apurado no levantamento quantitativo, mas terminou por acatar as diferenças, contestando apenas a aplicação da presunção de saídas de mercadorias tributadas, arguindo que não foi feita a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/2003, devido a comercializar com mercadorias com fase de tributação encerrada pelo regime de substituição tributária. Apresentou no corpo de sua peça defensiva os percentuais de mercadorias tributadas, quais sejam: 23,69% (2011); 28,16% (2012); e 25,54 (2012), reconhecendo o débito nos valores de **R\$32.302,93; R\$ 3.934,49 e R\$ 2.938,61**, respectivamente, calculados sobre os valores das mercadorias tributadas.

Na informação fiscal o autuante admitiu que deixara de considerar a proporcionalidade entre as mercadorias tributadas, isentas/não tributadas, e refez seu trabalho fiscal apresentando os demonstrativos de fls. 248 a 250., chegando a seguinte conclusão quanto aos percentuais de mercadorias tributadas: 31,68% (2011); 31,34% (2012); e 22,86 (2012), concluindo pela redução dos débitos para os seguintes valores de **R\$43.197,84** ; **R\$ 4.378,79** e **R\$ 2.630,25**, respectivamente, calculados sobre os valores das mercadorias tributadas.

Observo que os valores reconhecidos pelo autuado diferem dos valores apurados pelo autuante, em decorrência dos percentuais da proporcionalidade. Acolho o resultado do autuante, visto que, o sujeito passivo, conforme intimação e AR dos Correios, fls.253 a 254, foi cientificado dos valores apurados na informação fiscal constante às fls.247 a 250, sendo-lhe entregues cópias, porém, no prazo estipulado o sujeito passivo não se manifestou, caracterizando este silêncio como uma aceitação tácita do resultado apurado pelo autuante.

Infração parcialmente procedente no total de R\$50.206,88.

No tocante à infração **04 – 06.02.01**, referente a falta de recolhimento do 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, o autuante após examinar a documentação acostada ao processo pelo sujeito passivo, fls.151 a 241, concordou que restou comprovado que o imposto foi recolhido através de GNRE pelo emitente, conforme destacado na própria NFe.

Sendo assim, considero descaracterizada a infração, não subsistindo o reclamo fiscal.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA PARCIAL** do Auto de Infração no valor de R\$50.206,88, alterando-se o demonstrativo de débito da infração 01:

| INFRAÇÃO | VL.INICIAIS | VL.JULGADOS |
|---------------|-------------|-------------|
| 01 - 04.05.05 | 161.834,64 | 50.206,88 |
| 02-03.01.01 | 624,25 | 624,25 |
| 03-07.12.01 | 11.839,50 | 11.839,59 |
| 04-04.05.01 | 22.104,85 | 22.104,85 |
| 05-04.05.11 | 18.250,00 | - |
| TOTAIS | 214.653,24 | 84.775,57 |

**DEMONSTRATIVO DO DÉBITO
DA INFRAÇÃO 01 - 04.05.05**

| Data Ocor. | Data Vencdo. | B. Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito |
|------------|--------------|------------|----------|-----------|--------------|
| 31/12/2011 | 09/01/2012 | 254.104,94 | 17,00 | 100 | 43.197,84 |
| 31/12/2012 | 09/01/2013 | 25.757,59 | 17,00 | 100 | 4.378,79 |
| 31/12/2013 | 09/01/2014 | 15.472,06 | 17,00 | 100 | 2.630,25 |
| TOTAL | | | | | 50.206,88 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.0003/15-1**, lavrado contra **MORAIS TRANSPORTES E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA. EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$84.775,57**, acrescido da multa de 60% sobre R\$34.568,69 e de 100% sobre R\$50.206,88, previstas no artigo 42, II, alíneas “b” e “f”, III, e V, alínea “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores recolhidos, conforme documento do SIDAT às fls. 256 a 259.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2016.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR

OLEGÁRIO MIGUEZ GONZALEZ - JULGADOR