

PROCESSO - A.I. Nº 279104.0100/03-0
RECORRENTE - EBD NORDESTE COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0058-03/04
ORIGEM - IFEP – DAT/METRO
INTERNET - 10.08.04

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0237-11/04

EMENTA: ICMS. 1. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO. Constatada entrada de mercadorias não registradas, aplica-se à presunção de omissão de saídas, exigindo-se o imposto. O recorrente limitou-se a questionar a aplicação da legislação e discutir se houve ou não saídas de mercadorias. 2. MERCADORIAS SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO. Mais uma vez, o recorrente não questionou a infração propriamente dita ou não ocorrência da mesma. Afastadas as preliminares de nulidade argüidas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 279104.0100/03-0, lavrado contra EBD NORDESTE COMÉRCIO LTDA.

O Auto de Infração apontou 6 infrações fiscais, sendo que destas, 4 foram reconhecidas pelo autuado, que, inclusive, beneficiou-se de recente Anistia Fiscal, providenciando o pagamento correspondente.

A discussão permaneceu, como ainda permanece, quanto às infrações 3 e 4, que assim são descritas:

3. *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Referente a notas fiscais capturadas no CFAMT e no Sintegra, e não escrituradas nos livros fiscais e contábeis”*. – R\$ 123.302,92;
4. *“Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Referentes a notas fiscais capturadas no CFAMT e Sintegra, e não escrituradas nos livros fiscais e contábeis.”* – R\$ 156.599,01.

A 3ª Junta de Julgamento Fiscal julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, para excluir das infrações 3 e 4 os valores correspondentes a uma operação, cujo documento de entrada e o pagamento do imposto por antecipação foi comprovado.

Foram mantidas as infrações, com retificação dos valores principais para R\$ 120.681,21 e R\$ 154.008,15, respectivamente.

Irresignado, o autuado interpôs Recurso Voluntário, com base nos seguintes argumentos:

1. Nulidade do lançamento, conforme já explicitada na impugnação, especialmente diante da incerteza do crédito tributário;
2. Nulidade da Decisão recorrida porque o relator, em seu voto, indicou dispositivos legais diversos dos destacados no Auto de Infração, dando nova fundamentação às infrações apontadas;

3. Quanto à infração 3, reafirma que seu objeto é o mesmo da infração 4, qual seja, mercadorias sujeitas à substituição tributária e, por isso, não teriam tributação de ICMS nas correspondentes saídas;
4. Quanto à infração 4, também destaca ser seu objeto, as mesmas notas fiscais que serviram de embasamento à infração 3. Neste caso, afirma que o valor correspondente ao ICMS antecipado está calculado a maior, por ter sido utilizado margem de valor agregado de 70% e não de 60%, já que as mercadorias haviam sido adquiridas de Distribuidora e não Importadora.
5. Requer Provimento do Recurso Voluntário e conseqüente arquivamento deste PAF.

Tomando conhecimento do Recurso Voluntário, a PGE/PROFIS manifestou-se pelo Não Provimento do mesmo.

VOTO

Analisando item a item os argumentos expostos pelo recorrente, concluo pelo seguinte:

Não houve nulidade de lançamento. De fato, quanto às duas infrações que ainda demandam discussão, foi verificada a inclusão de uma operação em relação a qual não havia qualquer irregularidade. O próprio recorrente teve a possibilidade e oportunidade para alertar a respeito do erro, o que foi acatado pelos próprios autuantes e julgadores de primeira instância, não lhe trazendo qualquer prejuízo.

Essa ocorrência por si só comprova que o ora recorrente teve condições de identificar as infrações, sua natureza e montante correspondente, o que afasta a caracterização de nulidade do lançamento.

Não houve também nulidade da Decisão por inovações na fundamentação das infrações julgadas Procedentes em parte pela JJF. Apenas, como bem colocou a ilustre procuradora, o relator, ao invés de fundamentar seu voto com os dispositivos Regulamentares, o fez utilizando-se dos dispositivos correspondentes presentes na Lei nº 7.014/96, a própria Lei do ICMS da Bahia, de onde nascem as disposições pertinentes ao Regulamento do mesmo imposto.

Somente para demonstrar essa afirmação, verificamos que a Decisão do relator da Decisão da JJF, com relação à infração 3 foi fundamentada no art. 4, § 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

*§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a **existência de entrada de mercadorias não contabilizadas** ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.” (negrito nosso).*

Já o Auto de Infração tipifica a infração pela aplicação do art. 2º, § 3º do RICMS/97, que, por sua vez prevê:

Art. 2º Nas operações internas, interestaduais e de importação, considera-se ocorrido o fato gerador do ICMS no momento:

...

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

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;

... ” (destaque nosso).

Trata-se, portanto, de duas legislações que se referem à mesma matéria, não havendo, portanto, que se falar em inovação. O Regulamento do PAF determina que a indicação de dispositivo regulamentar corresponderá ao artigo legal.

Superadas as preliminares de nulidade de lançamento e da Decisão de Primeira Instância, quanto ao mérito, temos o seguinte:

O recorrente reitera que as infrações 3 e 4 têm por objeto infrações referentes às mesmas notas fiscais, entretanto isso somente ficou comprovado quanto à Nota Fiscal nº 187.476, expurgada do lançamento por restar comprovada a regularidade de sua escrituração e pagamento de imposto antecipado. Não houve juntada de documentos ou identificação dos mesmos que comprovassem a alegação citada.

A aplicação do percentual de MVA está correta, uma vez que a MADASA é equiparada à industrial, por ser importadora, conforme se comprova pelas provas trazidas ao PAF e por quaisquer informações obtidas na internet sobre a empresa Madasa do Brasil Importadora e Exportadora Ltda.

Por outro lado, não houve questionamento direcionado às infrações. O recorrente questiona a existência de duas infrações sobre os alegados mesmos documentos, questiona o percentual de valor agregado para determinação da base de cálculo do imposto por substituição, mas não nega ou contrapõe argumentos negando as entradas de mercadorias sem a respectiva escrituração.

Pelos motivos expostos, acolho o Parecer da PGE/PROFIS e NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279104.0100/03-0**, lavrado contra **EBD NORDESTE COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$388.658,96**, sendo R\$32.632,10, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$356.026,86, acrescido das multas de 60% sobre R\$235.345,65 e 70% sobre R\$120.681,21, previstas no inciso, II, “a” e “d” e III, da citada lei e artigo, e dos acréscimos legais, além das multas no montante de **R\$62.292,28**, previstas no art. 42, XIII-A, “f” e XIV, da mesma lei supracitada, devendo ser homologados os valores porventura pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de julho de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS- PRESIDENTE

ROSA MARIA DOS SANTOS GALVÃO - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR DA PGE/PROFIS