

PROCESSO - A. I. Nº 298621.0004/04-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - EMPRESA BAIANA DE MÓVEIS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0390-02/04
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 14/12/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0351-12/04

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Provado que das Notas Fiscais tidas como não registradas apenas uma não se encontrava escriturada. Refeitos os cálculos. Abatido o crédito presumido autorizado pela legislação (contribuinte enquadrado do regime do SimBahia). 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Não está demonstrada nos autos qual a informação que foi incorretamente prestada na DME. A infração não restou comprovada. Modificada a fundamentação da improcedência da exigência fiscal. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto com base no § 2º do RPAF/99, que considerou a Decisão da 2ª JJF, em relação à infração 2, contrária às provas constantes dos autos uma vez que a penalidade aplicada referiu-se ao ano de 2001 sobre o qual não remanesceu qualquer exigência fiscal e também em razão de o fato que motivou a aplicação da multa (reconhecida pelo contribuinte) ter sido ignorado pelo relator de 1ª Instância em seu voto.

O Auto de Infração foi lavrado em 1/6/04, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.723,38, com multa de 70%;
2. declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa (DME), sendo aplicada à multa de R\$ 120,00.

O contribuinte defendeu-se dizendo que, de todas as notas fiscais objeto da autuação, no item 1º do presente Auto de Infração, apenas deixou de constar na DME a Nota Fiscal nº 17620 da empresa Móveis Sul Ind. e Com. Ltda., no valor de R\$ 5.764,50. Declara reconhecer a imputação do item 2º.

O fiscal autuante prestou informação admitindo que o sujeito passivo tem razão. Refez o cálculo do imposto, reduzindo o débito do item 1º para R\$ 979,97.

Deu-se ciência ao contribuinte do teor da revisão do lançamento.

Em 1ª Instância O Auto de Infração foi julgado Procedente em Parte, com fundamento no seguinte voto:

“O item 1º deste Auto de Infração acusa o sujeito passivo de *“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas”*.

A descrição do fato, feita nestes termos, carece de esclarecimentos. Para que fique patente a razão da cobrança do imposto neste caso, cumpre fazer alguns esclarecimentos, uma vez que a exigência de ICMS deve ser feita sempre em função da ocorrência de um fato que corresponda à descrição legal da hipótese de incidência, ou seja, a realização de operação de circulação de mercadorias ou a prestação de serviços compreendidos no âmbito de aplicação desse imposto.

Segundo o Auto de Infração, foi apurada omissão de saídas de mercadorias tributáveis através de entradas de mercadorias não registradas. Quando se apuram entradas de mercadorias não registradas, o ICMS não é exigido em virtude desse fato em si, mas sim com base na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que a existência de entradas de mercadorias não contabilizadas denuncia a falta de contabilização de receitas, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não declarados ao fisco. Esses Recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O contribuinte defendeu-se protestando que, de todas as Notas Fiscais objeto da autuação, no item 1º do presente Auto de Infração, apenas deixou de constar na DME a Nota Fiscal 17620 da empresa Móveis Sul Ind. e Com. Ltda., no valor de R\$ 5.764,50.

O fiscal autuante prestou informação admitindo que o sujeito passivo tem razão. Refez o cálculo do imposto, reduzindo o débito do item 1º para R\$ 979,97.

No entanto, noto que o fiscal deixou de conceder o crédito fiscal de 8% previsto no art. 19 da Lei nº 7.357/98. O equívoco já tinha ocorrido no levantamento originário.

O ICMS é um tributo não-cumulativo. O art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, manda abater do valor apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, em se tratando de contribuinte do SimBahia.

Com base no demonstrativo à fl. 42, abatendo o crédito fiscal de 8% do valor da omissão de saídas de mercadorias (R\$ 5.764,50), resta a ser lançada a quantia de R\$ 518,81 (R\$ 979,97 menos R\$ 461,16).

O fato acusado no item 2º foi reconhecido pelo sujeito passivo. No entanto, em nome do princípio da legalidade, tenho o dever de declarar a improcedência dessa multa, de ofício, pois estou convencido de que o fato que motivou essa multa – dados incorretamente declarados na DME – diz respeito às Notas Fiscais retidas pela fiscalização do trânsito de mercadorias que a empresa deixou de declarar na DME, e esse fato já foi objeto do item 1º deste Auto de Infração. Embora não seja facilmente visível a vinculação do item 1º com o item 2º, haja vista que a descrição dos fatos não foi feita com a devida clareza, como manda o art. 39, III, do RPAF/99, tal vinculação torna-se patente cotejando-se a expressão, no item 1º, “O contribuinte deixou de apresentar e ou omitiu...” com a expressão, no item 2º, “Fazem parte deste Auto de Infração: Notas Fiscais relacionadas no Demonstrativo acima”. Ou seja, considerando que o contribuinte deixou de declarar Notas Fiscais na DME, o fiscal cobrou o imposto da obrigação tributária principal, a título de presunção omissão de saídas de mercadorias (item 1º) e em seguida aplicou multa de R\$ 120,00 pelo mesmo fato, por descumprimento de obrigação acessória (item 2º). Não foi observado o preceito do § 5º do art. 915 do RICMS/97, segundo o qual a multa pelo descumprimento de obrigação acessória é absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se

tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória. É, pois, indevida a multa do item 2º.”

VOTO VENCIDO

Examinando os autos constato que o recorrido foi autuado em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas [sic], sendo lançado imposto no valor de R\$ 4.723,38, com multa de 70%;
2. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa (DME), sendo aplicada a multa de R\$ 120,00.

Acompanho o esclarecimento do relator da 2ª JJF quando afirma que a exigência de ICMS deve ser feita sempre em função da ocorrência de um fato que corresponda à descrição legal da hipótese de incidência, ou seja, a realização de operação de circulação de mercadorias ou a prestação de serviços compreendidos no âmbito de aplicação desse imposto.

O recorrido reconheceu a imputação do item 2 e, quanto ao item 1 defendeu-se protestando que, de todas as notas fiscais objeto da autuação, no item 1º do presente Auto de Infração, apenas deixou de constar na DME a Nota Fiscal nº 17620 da empresa Móveis Sul Ind. e Com. Ltda., no valor de R\$ 5.764,50.

O autuante, acatando a defesa do recorrido, que alegou ter deixado apenas de constar da DME a Nota Fiscal nº 17620, refez o cálculo do imposto reduzindo o débito do item de R\$ 4.723,38 para R\$979,97, tendo, entretanto, deixado de conceder o crédito fiscal de 8%, previsto no art. 19 da Lei nº 7.357/98, equívoco já ocorrido no levantamento originário.

Assim, com base no demonstrativo de fl. 42, abatendo o crédito fiscal de 8% do valor da omissão de saídas de mercadorias (R\$ 5.764,50), resta a ser lançada a quantia de R\$ 518,81 (R\$ 979,97 menos R\$ 461,16).

Embora o recorrido tenha reconhecido a irregularidade fiscal apontada no item 2 do Auto de Infração, a 2ª JJF declarou, de ofício, a Improcedência dessa multa, com fundamentação legal, conforme explicitado no voto do relator, Decisão que acompanho.

De todo o exposto voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, para manter inalterada a Decisão de 1ª Instância.

VOTO VENCEDOR

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, interposto pelo Sr. Presidente do CONSEF, com fulcro no art. 169, § 2º, do RPAF/99, por considerar que o julgamento da 2ª JJF em relação ao item 2 do Auto de Infração configura uma Decisão contrária às provas constantes nos autos.

Conforme o despacho do Sr. Assistente de Conselho à fl. 57, “o resultado do julgamento levado a efeito em relação a referida infração 2 configura Decisão contrária às provas constantes nos autos, haja vista que a penalidade aplicada além de referir-se ao exercício de 2001, sobre o qual não remanesceu qualquer exigência fiscal, e o fato que motivou a aplicação da multa (reconhecida pelo contribuinte), foi ignorada pelo relator da 1ª Instância em seu voto, [...]”.

No item 2 do Auto de Infração, o recorrido está sendo acusado de ter declarado incorretamente dados na DME referente ao exercício de 2001.

Está comprovado nos autos que, à exceção da Nota Fiscal nº 17.620 da empresa Móveis Sul Ind. e Com. Ltda, emitida em 01/11/2000, todas as notas fiscais citadas na autuação foram devidamente incluídas na correspondente DME. Esse fato foi expressamente reconhecido pelo autuante, pelo autuado e acatada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Todavia, nos autos, não há definição de qual o dado que foi incorretamente informado pelo contribuinte na DME referente ao exercício de 2001. Dessa forma, a acusação não restou comprovada pela fiscalização e, por essa razão, a infração em tela é improcedente, mudando a motivação utilizada pela Junta de Julgamento Fiscal.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com o voto de qualidade do presidente, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298621.0004/04-0, lavrado contra **EMPRESA BAIANA DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$518,81**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes, José Carlos Barros Rodeiro e Fauze Midlej.

VOTO VENCIDO: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca e Tolstoi Seara Nolasco.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS