

A. I. N° - 276473.0905/03-0
AUTUADO - APOIO SUL FERRAGENS LTDA.
AUTUANTES - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 13.04.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-02/04

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração acatada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Exigência não impugnada. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovado pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração não elidida. 4. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovada a infração. **b)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Item nulo, por não coincidir a imputação e a tipificação com o fato concreto. Não acatada a preliminar de nulidade suscitada pela defesa em relação a quarta infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2003, exige o valor de R\$17.326,30, relativo aos exercícios de 2001 e 2002, conforme documentação às fls. 12 a 58 dos autos, em razão:

1. da falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$309,44, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, inerentes ao mês de junho/01;
2. do recolhimento a menos do ICMS, no valor de R\$89,44, inerente aos meses de maio/01, março e abril/02, em decorrência de desconhecimento entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS;
3. da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa, com ICMS devido de R\$9.172,02;
4. da multa, no valor de R\$1.259,27, correspondente a 10% do valor comercial das mercadorias sujeitas a tributação, entradas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;
5. da falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$6.496,13, referente a omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, relativo aos meses de outubro a dezembro/02.

O autuado, através de seu advogado devidamente habilitado, apresenta defesa, às fls. 62 a 68 do PAF, onde tece as seguintes razões:

1. Preliminarmente, argüi a nulidade da infração 04 sob a alegação de que não existe nos autos a prova materializada da entrada da mercadoria no estabelecimento, com o objetivo de sustentar o gravame do imposto, o que inquina ao cerceamento do direito de defesa, além de ferir o princípio da legalidade, que constitui um dos princípios que norteiam os atos da administração pública. Cita doutrina.
2. Anexa demonstrativo (fl. 65) onde consta o saldo credor da Conta Caixa no montante do ICMS de R\$5.200,86.
3. Que a nota fiscal n. 758252, com data de ocorrência de 31/03/02, encontra-se escriturada no livro Registro de Entrada, página 11, na data de 24/04/02, pelo valor total de R\$1.283,42;
4. Que o fato descrito como ilícito na infração 05 não é aquele apurado pela autuante em sua auditoria, conforme consta dos relatórios que acompanha o Auto de Infração (fls. 30 a 35), pois a auditora identificou nos meses de outubro a dezembro/02 alguns cupons cuja descrição das mercadorias identificavam ser sujeita a alíquota de 17%, sendo emitidos como se fossem mercadorias objeto de substituição tributária. Porém todos os cupons, objeto do equívoco, foram devidamente lançados no livro Registro de Saída em tempo hábil, apenas não tendo sido registrados na coluna de imposto devido, mas em “Outras”. Assim, aduz que o enquadramento legal seria o art. 50, inciso I, alínea “a”, do RICMS, e a multa prevista no art. 42, inciso II, alínea “a”, da Lei n.º 7.014/96, ou seja, 60% do valor do imposto em razão de registro de operação tributada como não tributada, desde que os documentos tenham sido emitidos e escriturados regularmente, e não 70% como aplicada pela autuante, o que cerceou o autuado de se utilizar do benefício previsto no art. 45-A da Lei nº 7.014/96. Neste sentido, defende que não pode suportar o ônus do imposto, até porque fere o princípio da legalidade, introduzido no art. 5º, inciso II, pela Constituição Federal.

Por fim, reitera que seja acatada a preliminar suscitada para julgar nula a infração 04 e no mérito seja apreciada e julgada parcialmente improcedente a infração 03 e improcedente a infração 05, visto que o contribuinte não perpetrou o ilícito apontado. Anexa demonstrativos e documentos, como prova de suas alegações, às fls. 71 a 77 dos autos.

A autuante, em sua informação fiscal, à fl. 81, ressalta que o contribuinte não se manifestou sobre as infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração.

Quanto a infração 04, afirma que as provas das entradas de mercadorias no estabelecimento, que o contribuinte alega serem inexistentes, encontram-se anexadas aos autos, em forma de notas fiscais de entradas destinadas ao seu estabelecimento comercial e que o autuado não as apresentou devidamente lançadas no livro Registro de Entradas, com exceção da Nota Fiscal 758.252 registrada no mês posterior a sua compra com data diversa. Aduz que tal fato acarretou diminuição desta infração em R\$110,00 e da infração 03, conforme demonstrado às fls. 82 a 87 do PAF.

Também entende que a ampla defesa questionada foi exercida em sua totalidade a partir do momento em que o autuado teve total acesso ao processo e prazo para efetuar a mesma.

Por fim, no tocante a infração 05, reconhece razão ao contribuinte com relação a sua tipificação, do que defende ser um vício sanável, pois as saídas de mercadorias sem pagamento do ICMS realmente existiram como afirma o próprio autuado. Porém, para evitar danos ao sujeito passivo propõe que a aludida infração, cuja classificação correta seria “Falta de Pagamento do ICMS nas saídas de mercadorias tributadas como não tributadas”, seja mantida e que se altere apenas a multa de 70% para 60%. Assim, mantém parcialmente a ação fiscal no montante de R\$16.998,04.

Às fls. 89 a 91 dos autos, o sujeito passivo requer o benefício da Lei nº 8.887/03 e recolhe o débito reconhecido no total de R\$6.859,01, inerente às infrações 01, 02 e 04, de forma integral, e parcialmente a terceira infração, no valor de R\$5.200,86.

Intimado sobre os novos documentos anexados ao PAF, quando da informação fiscal procedida, o autuado apresenta nova manifestação, às fls. 94 a 95, onde esclarece que as infrações 01, 02 e 04 devem ser excluídas por ter sido pagas integralmente com os benefícios de isenção previsto na Lei n.º 8.887 de 28/12/03, conforme DAE (fl. 96/97). No tocante a terceira infração, aduz reconhecer o ICMS de R\$5.200,86, o qual também foi recolhido juntamente com as aludidas infrações 01, 02 e 04. Relativo a quinta infração, aduz que a autuante reconhece o equívoco na identificação da sanção, entretanto, não sanou o prejuízo sofrido pelo autuado, que fora cerceado, nos termos do art. 45-A da Lei n.º 7.014/96, de recolher o imposto com 100% de redução da multa. Assim, entende que a nulidade da infração não foi sanada pela alteração do dispositivo que culmina a sanção, permanecendo a mácula, face a impossibilidade de reparar o dano sofrido pela recorrente, do que espera que seja julgada improcedente.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir o valor de R\$17.326,30, inerentes aos exercícios de 2001 e 2002, em razão de cinco infrações, das quais o contribuinte reconhece integralmente as de n.º 01, 02 e 04, beneficiando-se da Lei n.º 8.887/03, desistindo de qualquer impugnação a elas relativas, e reconhece parcialmente a terceira exigência. Assim, a lide restringe-se à parte remanescente da infração 03 e à infração 05.

Quanto a preliminar de nulidade da quarta infração, argüida pelo defendente em suas razões de defesa, torna-se inócua diante do reconhecimento acima aludido, do que deixo de apreciá-la.

No mérito, relativo à infração 03, constata-se que o demonstrativo sintético apensado pelo autuado (fls. 65 e 94/95) não serve para contrapor os demonstrativos analíticos e sintético da autuante, às fls. 13 a 27 dos autos, por não ser auto-explicativo e não conter os documentos embasadores para seu entendimento, cuja impugnação deveria ser acompanhada das provas referentes à sua alegação, conforme previsto no art. 123 do RPAF, aprovado pelo Decreto n. 7.629/99. Assim, subsiste na íntegra esta exigência fiscal.

Referente à quinta infração, limita-se o contribuinte a alegar prejuízo ao ser impossibilitado de exercer as prerrogativas constantes do art. 45-A da Lei n.º 7.014/96, ou seja, recolher a infração com 100% de redução da multa, uma vez que a acusação foi erroneamente tipificada no inciso III do art. 42 da referida Lei n.º 7.014/96, do que pede que seja a mesma julgada “Improcedente”.

Da análise dos fatos compreende-se que em primeiro plano o sujeito passivo não está a negar o imposto exigido, mas, sim, sua tipificação e conseqüente prejuízo à sua quitação. Portanto, o tributo é líquido e certo. Em segundo plano, verifica-se que o contribuinte teve a oportunidade de quitar tal exigência sem qualquer incidência de multa, através do referido benefício da Lei n.º 8.887/03.

Contudo, entendo que a imputação não corresponde aos fatos e nem a sua tipificação, pois, conforme ficou demonstrado nos autos, trata-se de documentos fiscais devidamente lançados na escrita fiscal, relativos a mercadorias tributadas tidas como não tributadas, o que difere da acusação fiscal de “Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente(s) do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios”. Assim, apesar do contribuinte ter entendido a imputação, pois detectou o equívoco, utiliza-se de suas prerrogativas para contestá-la.

Neste sentido, deve tal infração ser nula, por não corresponder sua descrição e tipificação ao fato concreto, do que, nos termos do art. 156 do RPAF represento à autoridade da INFAZ Teixeira de

Freitas para instaurar novo procedimento fiscal, inerente à esta infração.

Do exposto, voto o Auto de Infração parcialmente procedente, no valor de R\$10.830,17, em razão de ter sido julgada nula a quinta infração.

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 n.º **276473.0905/03-0**, lavrado contra **APOIO SUL FERRAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.570,90**, acrescido das multas de 50% sobre R\$309,44; 60% sobre R\$89,44 e 70% sobre R\$9.172,02, previstas, respectivamente, no art. 42, I, “a”; II, “b” e III, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$1.259,27**, prevista no art. 42, IX, da aludida Lei n.º 7.014/96, devendo ser homologado o quantum já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ CARLOS BACELAR – JULGADOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR