

PROCESSO - A. I. Nº 298237.0603/04-7
RECORRENTE - DISTRIBUIDORA MULTI FRIOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF Nº 0444-01/04
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 01/04/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0074-12/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DE IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. É vedada a utilização de crédito fiscal relativo a mercadorias enquadradas na substituição tributária. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O suprimento ou o saldo credor na conta Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte não comprovou a origem dos recursos. Infrações comprovadas. Mantidas as decisões. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, que julgou procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para exigir ICMS, no valor total de R\$28.176,74, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, no montante de R\$3.511,63, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária, no valor de R\$5.095,05.
3. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do próprio estabelecimento, no valor de R\$457,00.
4. omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no valor de R\$19.113,06, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada;

O autuado apresentou defesa, alegando, em relação à infração 1, que as operações com massas prontas para pastéis e pizzas não estão sujeitas à retenção do imposto, pois esses produtos não estão relacionados no artigo 353 do RICMS/97.

Quanto à infração 2, diz que como as mercadorias não sujeitas à antecipação tributária, foi correta a utilização dos créditos fiscais de ICMS.

Reconheceu a procedência da exigência fiscal contida na infração 3.

No que tange à infração 4, afirma que o auditor considerou as compras a prazo como sendo à vista. Reconhece a procedência parcial da exigência fiscal, no valor de R\$5.706,85.

Ao finalizar, diz que reconhece parcialmente o Auto de Infração no valor de R\$6.163,85.

Na informação fiscal, o autuante afirma, em relação à infração 1, que os produtos em questão estão relacionados no art. 353, II, item 11.4.1, do RICMS/97.

No tocante à infração 2, diz que como os produtos são os mesmos do item anterior, sujeitos à antecipação tributária, não possibilitando a utilização de créditos fiscais.

Sobre a infração 4, afirma que as notas fiscais foram lançadas de acordo com os seus vencimentos, como consta nos demonstrativos de fls. 17/40 dos autos.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF Nº 0444-01/04, julgou o Auto de Infração procedente.

Quanto às infrações 1 e 2, o ilustre relator fundamentou a sua Decisão da seguinte forma:

Quanto à infração 1, o contribuinte é acusado de deixar de efetuar o recolhimento do ICMS devido por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Em sua defesa o autuado alega que as mercadorias, massas prontas para pastéis e pizzas não estão sujeitas a retenção do imposto, pois os produtos não se encontram relacionados no artigo 353 do RICMS/97, entretanto não acostou aos autos qualquer prova de sua alegação.

Assim, o argumento do autuado não pode ser acolhido, tendo em vista que, conforme determina o art. 353, II item 11, subitem 11.4.1, o trigo em grãos e farinha de trigo e seus derivados, incluindo o macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, onde estão enquadradas as massas de pastéis e pizzas encontram-se relacionadas na substituição tributária. Para um melhor entendimento transcreveu os referidos dispositivos:

“Art. 353...

II...

11 - trigo em grãos e farinha de trigo e seus derivados:

(...)

11.4.1 - macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanha, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo - NCM 1902.1;”

Logo, não resta dúvida que o procedimento do autuado foi correto, devendo ser mantida a infração.

Em relação à infração 2, foi imputada ao autuado a utilização indevida de crédito fiscal do ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária. Em sua defesa o contribuinte alega que as mercadorias não são sujeitas a

antecipação tributária, portanto, utilizou corretamente o crédito fiscal de ICMS. Conforme já decidido na infração 1, efetivamente se trata de mercadoria enquadrada na substituição tributárias sendo vedado a utilização do crédito fiscal. Assim, à infração encontra-se caracterizada.

No que tange à infração 4, o relator da Primeira Instância assim fundamentou a sua Decisão:

[...]

O saldo credor foi apurado através do “fluxo caixa”. Entendo que o Roteiro de Auditoria de Caixa aplicado no processo de auditoria desenvolvido pelo auditor é o usualmente empregado para apurar a existência de saldo credor de “caixa”, onde são considerados todos os pagamentos e recebimentos do contribuinte.

Observo que na realidade se trata de apuração de saldo credor de caixa no exercício de 2003, o que não altera o fulcro da autuação.

Entendo que ficou comprovada a ocorrência de saldo credor de caixa, significando dizer que o autuado efetuou pagamentos sem que tivesse comprovado a origem de seus Recursos. Neste sentido, a regra disposta no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa não comprovado, além de outras ocorrências, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, caberia ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, fato que não ocorreu na presente lide. Logo, a infração restou caracterizada.

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JJF, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, onde alega que o Acórdão JJF Nº 0444-01/04 não pode prosperar, pois os argumentos defensivos foram desvirtuados quando da sua apreciação.

Referindo-se à infração 1, o recorrente diz que o Acórdão é contraditório, uma vez que a 1ª JJF, ao concluir a análise, assim se manifestou: “*Logo, não resta dúvida que o procedimento do autuado foi correto.*” No entanto, ao finalizar, a 1ª JJF aconselhou a manutenção da infração. Aduz que o procedimento da JJF não decidiu a lide.

Ainda quanto à primeira infração, alega que o procedimento da Junta de Julgamento foi obscuro e que o sustentáculo da alegação defensiva é o próprio RICMS/97. Frisa que as massas de pastéis e de pizzas não estão relacionadas no artigo 353, item “11”, subitem “11.4.1”, do referido Regulamento. Após transcrever o subitem 11.4.1 do item 11 do art. 353 do RICMS/97, o recorrente reafirma que as massas para pastéis e pizzas não estão nessa relação. Solicita que a exigência fiscal seja julgada improcedente.

Quanto à infração 2, diz que a exigência fiscal também é improcedente, pois é uma consequência da improcedência da acusação anterior.

Relativamente à infração 4, afirma que a parte reconhecida já foi quitada mediante Certificados de Créditos. No que tange às parcelas impugnadas, diz que não houve saldo credor de caixa não comprovado, já que o autuante considerou as compras a prazo como sendo a vista. Afirma que o autuante incidiu em erro na interpretação da legislação tributária.

Ao finalizar, solicita a reforma da Decisão recorrida, para julgar improcedente a autuação.

A PGE/PROFIS, ao se pronunciar nos autos, afirma em relação às infrações 1 e 2 que a Decisão recorrida está fundamentada na norma jurídica e, por um lapso de redação, o relator afirma que foi correto o procedimento adotado pelo autuado, contudo, a leitura do acórdão evidencia o

correto procedimento do autuante. Frisa que o procedimento fiscal foi acertado e está baseado no art. 353, II, item 11, subitem 11.4.1, do RICMS-BA, segundo o qual o trigo em grãos e a farinha de trigo e seus derivados, incluindo macarrão, talharim, espaguete, massas para sopa e lasanha, e outras preparações similares não cozidas estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Quanto à infração 4, afirma que o recorrente não apresenta documento capaz de comprovar a origem dos recursos não contabilizados, portanto, não prova a improcedência da presunção legal.

Ao finalizar o seu Parecer, a procuradora opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

No presente Recurso Voluntário, o recorrente impugna a Decisão da 1^a Junta de Julgamento Fiscal, relativamente aos itens 1, 2 e 4 do Auto de Infração.

Quanto ao 1º item, não acolho a alegação recursal de que a Decisão proferida pela Primeira Instância é contraditória, pois o contexto do voto deixa claro que houve um mero equívoco do relator ao digitar a palavra “autuado” quando deveria ter consignado o termo “autuante”. Além disso, a Ementa e a Resolução, partes integrantes do Acórdão, não deixam dúvida que esse item da autuação foi julgado procedente. Dessa forma, fica retificado o terceiro parágrafo da página 3 do Acórdão JJF Nº 0444-01/04 (fl. 54 dos autos), de forma que, onde se lê “*Logo, não resta dúvida que o procedimento do autuado foi correto, devendo ser mantida a infração.*”, leia-se “*Logo, não resta dúvida que o procedimento do autuante foi correto, devendo ser mantida a infração.*”

No que tange ao mérito dos itens 1 e 2, observo que o cerne da questão está em definir se massas prontas para pastéis e para pizzas estão ou não incluídas no artigo 353, inciso II, item “11”, subitem “11.4.1”, do RICMS-BA.

O sujeito passivo, na defesa e no Recurso Voluntário, afirma que os produtos relacionados nos dois primeiros itens do Auto de Infração são massas para pastéis e para pizza. Ao se pronunciar nos autos, o autuante aceita como verdadeira essa afirmação, sem opor nenhuma objeção. Assim, com fulcro no art. 140 do RPAF/99, passo a decidir as questões considerando como sendo massas para pastéis e para pizza as mercadorias arroladas nos dois primeiros itens do lançamento.

De acordo com o artigo 353, inciso II, item “11”, subitem “11.4.1”, do RICMS-BA, *macarrão, talharim, espaguete, massas para sopas e lasanhas, e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo – NCM 1902.1* estão enquadradas no regime da substituição tributária.

Ao interpretar o dispositivo regulamentar transcrito acima, observo que o Regulamento do ICMS, ao relacionar produtos que se enquadram no referido dispositivo, não procura exaurir a relação das massas alimentícias preparadas com farinha de trigo e sujeitas ao regime de substituição tributária. O Regulamento, após citar o macarrão, o talharim, o espaguete e as massas para sopa e lasanhas, acrescenta a expressão *e outras preparações similares não cozidas, nem recheadas, nem preparadas de outro modo – NCM 1902.1*.

Ao consultar a NCM, constato que as Posições nºs 19021100 e 19021900 se referem, respectivamente, a “*Massas Alimentícias, Cont. Ovos, N/Cozidas, N/Recheadas, Etc*” e a “*Outras Massas Alimentícias, N/Cozidas, N/Recheadas, Etc*”.

Tendo em vista que massas para pastéis e para pizzas são preparadas com farinha de trigo, não são cozidas, não são recheadas e podem ou não conter ovos, concluo que elas (as massas para pastéis e para pizzas) se enquadram nas *outras preparações similares não cozidas, nem*

recheadas, nem preparadas de outro modo – NCM 1902.1. Desse modo, as massas em questão estão enquadradas no regime de substituição tributária.

Em face do comentado acima, a Decisão da Primeira Instância relativamente ao primeiro item da autuação foi correta e não merece reparo, portanto, mantendo a Decisão.

No que tange ao segundo item do lançamento, também foi correto a Decisão da Junta de Julgamento, pois restou comprovado acima que as mercadorias arroladas nessa infração estão enquadradas no regime de substituição tributária, o que põe por terra a tese defendida pelo sujeito passivo. Desse modo, mantendo a Decisão da Primeira Instância.

Quanto ao quarto item do Auto de Infração, que trata de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada por meio de saldo credor de caixa, o recorrente alega que compras efetuadas a prazo foram consideradas como sendo à vista. Todavia, esse argumento recursal não pode prosperar, pois os demonstrativos de fls. 17 a 40 comprovam que o autuante observou as datas de efetivo pagamento das aquisições. Além disso, o recorrente não indicou quais foram as operações realizadas à vista e que foram consideradas como sendo a prazo.

Os saldos credores apurados pelo autuante estão evidenciados nos demonstrativos anexados ao processo, dos quais o recorrente recebeu cópia. O § 4º do art. 4º da Lei nº 7014/96, autoriza que se presuma a realização de operações tributadas sem pagamento do imposto toda vez que a conta caixa apresentar saldo credor, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedências da presunção legal. No caso em tela, o recorrente não comprovou o a improcedência da presunção legal. Desse modo, a Decisão da Junta de Julgamento está correta e, portanto, a mantenho.

Em face do comentado acima, considero que a Decisão recorrida está correta e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 o Auto de Infração nº 298237.0603/04-7, lavrado contra **DISTRIBUIDORA MULTI FRIOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$28.176,74, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.063,68 e 70% sobre R\$19.113,06, previstas no art. 42, II, “d” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96 e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de março de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

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