

PROCESSO - A. I. Nº 206857.0001/04-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - TIOSAM BEBIDAS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 3^a JJF nº 0017-03/05
ORIGEM - INFAS SIMÕES FILHO
INTERNET - 13/07/2005

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0207-11/05

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** EXISTENTES EM ESTOQUE; **b)** SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Na situação em tela, o procedimento fiscal deve observar a regra estabelecida no art. 10 da Portaria nº 445/98 da SEFAZ. Exigências vinculadas, devendo ser renovada a ação fiscal a salvo de falhas. Infrações decretadas nulas de ofício. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. Comprovado o recolhimento tempestivo. Infração insubstancial. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**, sendo decretado, de ofício, a nulidade das duas primeiras infrações. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício, previsto no art. 169, I, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, impetrado pela 3^a JJF, através do Acórdão nº 0017-03/05, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe.

A acusação fiscal é de que o recorrido deixou de recolher ICMS no montante de R\$ 89.057,12, sendo:

1. R\$61.450,93 decorrentes da constatação da existência de mercadorias em estoque desacompanhadas da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, apuradas em razão da falta de contabilização de entradas de mercadorias, detectadas mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias, relativo ao período de 01/01/2004 a 10/02/2004;
2. R\$7.371,35 decorrentes da 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 citado período;
3. R\$14.208,33 pela falta de recolhimento do ICMS por antecipação, referentes às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, no mês de julho/2003, e
4. R\$6.026,51 por ter efetuado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, referente às aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária no mês de outubro/03.

A Decisão recorrida foi pela procedência parcial do Auto de Infração, no montante de R\$40.329,38, em razão das seguintes considerações:

- Que por se tratar de contribuinte com atividade no comércio de bebidas, o qual recebe mercadorias com o ICMS pago por antecipação, na falta de registro de entradas de produtos no seu estabelecimento, apurada através de levantamento quantitativo de estoques, deve-se exigir o imposto consoante o art. 10, da Portaria nº 445/98, ou seja, o imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (art. 39, V, do RICMS), como também o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo.
- Assim, após análise das provas trazidas aos autos, considera devido o ICMS por solidariedade de R\$34.302,87, referente à primeira infração, valor que corresponde à soma de R\$29.593,72 e de R\$4.709,15 (remanescentes das infrações 1 e 2, respectivamente), uma vez que não se pode cobrar o imposto pela presunção de saídas de mercadorias quando o tributo já foi recolhido de forma antecipada e as saídas subsequentes são desoneradas da incidência do ICMS.
- Conclui pela nulidade da infração 2 por não ter base legal a cobrança por presunção de omissão de saídas, cujo imposto deve ser exigido por antecipação tributária, tomando como base de cálculo aquela apurada na primeira infração, acrescido da MVA legalmente prevista e deduzido a parcela do tributo apurado na infração 1, perfazendo o montante de R\$13.720,94, cujo valor deve ser exigido através de novo procedimento fiscal.
- Quanto à terceira infração a Decisão foi de que o contribuinte já havia recolhido o ICMS antecipado exigido, fato reconhecido pelo próprio autuante.
- Por fim, relativa à quarta infração foi mantido o valor exigido diante do reconhecimento do contribuinte.

Às fls. 1.166 a 1.178 dos autos, o sujeito passivo apresenta intempestivamente suas razões recursais, do que foi o mesmo cientificado, as quais deixo de conhecê-las nos termos do art. 173, I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 3^a JJF que julgou o Auto de Infração, sob análise, Procedente em Parte, destituindo parcialmente a exigência relativa à primeira infração e integralmente à terceira infração, como também decretando a nulidade da segunda infração.

No caso de omissão do registro de entrada de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias ainda estiverem fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, hipóteses as quais se verificam nos autos, caberia a aplicação do art. 10, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Portaria 445/98, no qual estabelece as exigências do imposto devido pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário e a antecipação do imposto, relativo à totalidade da diferença apurada.

Examinando as peças que integram os autos, concluo pela necessidade de se decretar de ofício a nulidade das duas primeiras infrações do Auto de Infração, nos termos do artigo 20 do RPAF, diante da falta de certeza e liquidez do lançamento, visto que a imputação atribuída ao recorrido, decorrente da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto (infração 2), não se aplica aos contribuintes cuja atividade comercial se exige o tributo por antecipação quando das entradas das mercadorias no estabelecimento comercial e, em consequência, suas saídas subsequentes são desoneradas da incidência do ICMS. Portanto, tal metodologia de auditoria fiscal é inadequada à atividade comercial do contribuinte.

Como se tratam de infrações estritamente vinculadas entre si, devem ser os lançamentos anulados, para serem refeitos integralmente salvo de falhas, do que, desde já, represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal, nos termos do art. 156 do RPAF.

Quanto à terceira infração, também objeto do Recurso de Ofício, a Decisão recorrida está perfeita, pois restou comprovada a satisfação da sua exigência pelo sujeito passivo dentro do prazo regulamentar, ou seja, antes da lavratura do Auto de Infração, sendo improcedente esta infração.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, ao tempo que, nos termos do art. 20, do RPAF, declaro de ofício, NULAS as duas primeiras infrações, do que represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal salvo de falhas, consoante previsto no art. 156 do RPAF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e, de ofício, modificar a Decisão recorrida para declarar nulas às infrações 1 e 2, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206857.0001/04-8, lavrado contra **TIOSAM BEBIDAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.026,51**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo a autoridade competente determinar a instauração de novo procedimento fiscal relativo às infrações 1 e 2 (art. 156 do RPAF/99).

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de junho de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS