

PROCESSO - A. I. Nº 298921.1003/05-0
RECORRENTE - PASSOS DE CERQUEIRA & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO AMANDA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0290-02/05
ORIGEM - INFRAZ VALENÇA
INTERNET - 28/12/2005

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0462-11/05

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. SAÍDA DE MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO NORMAL, PORÉM CONSIDERADAS COMO CESTA BÁSICA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não elidida a infração. 3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Comprovada a ocorrência através de cópias de notas fiscais coletadas no CFAMT no trajeto das mercadorias para o estabelecimento autuado, e servem como elemento de prova do cometimento da infração. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. MULTA. Infração não elidida. Reduzido o débito em virtude de parte dos valores apurados já está contido na apuração da infração 3. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECÔNOMICO FISCAIS – DME. DECISÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Penalidade absorvida pela ocorrência de que trata a infração 3. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 21/03/2005, para exigência de ICMS e multa no valor total de R\$5.370,90, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$3.451,51, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte aplicou a alíquota inferior à determinada na legislação, na comercialização de mercadorias não consideradas como da “cesta básica”, nos exercícios de 2001 e 2002, conforme levantamento quantitativo às fls. 14 a 26.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$416,85, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de abril, julho e novembro de 2001, e abril de 2002, conforme demonstrativo à fl. 32.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$1.205,08, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com

base em notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, no meses de março a maio, e agosto de 2001, janeiro, março, junho e julho de 2002.

4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, maio, julho e novembro de 2001, fevereiro a maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2002, sujeitando-se à multa no valor de R\$157,46, equivalente à 1% sobre o valor comercial das entradas não escrituradas, conforme demonstrativo e documentos às fls. 33 a 59.
5. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), relativa ao mês de dezembro de 2002, sujeitando-se a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$140,00.

Vindos em julgamento aos autos, os ilustres membros da 2^a JJF iniciam seu relato de voto, dizendo da infração 1 por erro na aplicação da alíquota, por ter o contribuinte considerado diversas mercadorias como sendo da cesta básica, e aplicado 7% ao invés de 17%, ao que observam que assiste razão em parte ao autuado, mas também o acerto da ação fiscal, visto que as mercadorias citadas, com exceção de “óleo vegetal”, não estão contempladas no artigo 50, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97, e não foi apresentada comprovação de que as operações realizadas se enquadram na alínea “b” do citado dispositivo. Assim, excluindo-se da ocorrência havida em 31/12/2002, o débito relativo a esta mercadoria (R\$2.398,57 – R\$14,90= R\$2.383,67), a exigência fiscal fica reduzida para o valor de R\$3.436,61 (R\$2.398,57 – R\$14,90), subsistindo em parte este item da autuação.

Infrações 2, 3 e 4 – Passam a análise destas, conjuntamente, haja vista todas se originam de notas fiscais coletadas nos postos fiscais, cujas preliminares de nulidade apresentadas na defesa pelo autuado se confundem com o mérito da questão.

Informam os Douto julgadores a existência nos autos, de levantamentos e demonstrativos analíticos de cada infração, com a indicação do número das respectivas notas fiscais, data, nome do fornecedor, valor da operação e o valor do débito, conforme Anexos 2, 3 e 4 (fls. 32, 33 e 49), mais as vias fiscais das notas coletadas nos postos, as quais originaram cada débito apurado: nos demonstrativos consta a assinatura de preposto da empresa declarando que recebeu uma cópia dos mesmos. O autuado não nega o recebimento dos documentos que instruem os autos, e pelos argumentos defensivos depreende-se que entendeu perfeitamente as acusações fiscais.

Quando a fiscalização constata a não contabilização ou escrituração de notas fiscais, coletadas nos postos fiscais e contendo todos os dados do destinatário, fica configurada a presunção legal de omissão de saídas anteriores correspondente à essas entradas não contabilizadas, ou o descumprimento de obrigação acessória pela não escrituração na escrita fiscal dos respectivos documentos fiscais. A imputação encontra amparo no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97, pois se trata de uma presunção legal de omissão de saídas, e no artigo 322, por falta de registro de notas fiscais, e caberia ao autuado apresentar provas capazes para elidí-la, indicando a fonte de recursos utilizada para o pagamento das citadas aquisições, e a prova que as notas fiscais foram escrituradas no Registro de Entradas. Subsistem as infrações 3 e 4, pois os documentos fiscais não registrados se constituem elementos materiais das ocorrências, e constituem provas, pois foram colhidos no trajeto das mercadorias para o estabelecimento.

E concluem que por não terem sido apresentados documentos capazes de elidir as infrações, confirmam as infrações 3 e 4, e devida, também, a exigência da antecipação tributária das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e oriundas de outras unidades da Federação de que cuida a infração 2.

Aduzem que a jurisprudência citada pela defesa não encontra aplicação no presente caso, e rejeitam a preliminar de nulidade argüida pelo patrono do autuado, por não amparada no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

No caso presente, comenta a JJF, observando-se o disposto no §5º do art. 915 RICMS, a multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória de que cuida a infração 4, relativa aos

meses de 04/2001; 05/2001; 03/2001 e 07/2001, fica absorvida pela multa do descumprimento da obrigação principal referente a infração 3, por estar a ela vinculada.

E desenvolvem demonstrativo, com exclusão de valores, indicando resultados de R\$1.205,08 para a infração 3, e de R\$127,11 para a infração 4.

Passando ao julgamento da infração 5, aplicada por declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), do mês de dezembro de 2002, embora não tenha sido contestada, considerando que esta ocorrência é uma consequência direta do descumprimento da obrigação principal de que cuida a infração 3, não subsiste este item.

E julgam Procedente em Parte o Auto de Infração, no valor de R\$5.185,65.

O recorrente representado por advogado legalmente constituído, apresentou Recurso Voluntário em sua defesa às fls. 113 a 128, com extensa descrição dos fatos que ensejaram as acusações fiscais, tecendo iguais considerações sobre princípios de direito trazidas na defesa inicial, com reprise da argüição da nulidade das infrações 2, 3 e [4], com fulcro no artigo 18, IV, "a", combinado com o artigo 41, II, do RPAF/99, alegando que, por se tratar de cobrança de imposto por presunção relativa às imputações estão desprovidas de elementos comprobatórios.

Pede seja decretada a Nulidade do Auto de Infração em tela, e caso não seja acatado, postula pela Improcedência do referido Auto de Infração.

A PGE/PROFIS vem aos autos, consoante Parecer da nobre procuradora Dra. Angeli Maria Guimarães Feitosa, opinando de início por afastar a alegação de nulidade apresentada pelo preposto do recorrente, pois as infrações foram devidamente evidenciadas nas notas fiscais e demonstrativos apensos ao PAF: e as infrações 3 e 4 são fundamentadas na presunção legal contida art. 2º, §3º do RICMS, não afastada pelo contribuinte. Este insurge-se contra a infração, porém não apresenta provas de sua inocorrência, tais como o não recebimento ou não pagamento das mesmas aos fornecedores.

De sorte que as infrações lançadas o foram com base em elementos probatórios coletados durante a fiscalização, de conformidade a legislação que rege a matéria, inexistindo nulidades a inquinar o lançamento em questão.

Aduzem que no mérito, o contribuinte restringiu-se a impugnar a infração 01, na afirmativa da correção da alíquota por este utilizada no cálculo do ICMS sobre as mercadorias descritas, pois que figurantes como itens da cesta básica. Todavia, documentos a folhas 14 a 16, e 22 a 26 dos autos, revelam produtos que não estão elencados no art. 51 do RICMS. O único produto efetivamente integrado nesta relação, e equivocadamente considerado no Auto de Infração foi o óleo vegetal, falha contudo corrigida quando do julgamento da ilustre JJF.

E à vista da não existência de correções possíveis no Acórdão proferido pela 2ª JJF, opina a ilustre procuradora pelo Não Provimento ao Recurso Voluntário interposto pelo recorrente.

VOTO

Observo na análise dos autos deste processo, que o recorrente repete os mesmos argumentos inicialmente trazidos em sua defesa, nada mais acrescentando quando do recurso voluntário, razão pela qual entendo que não merece guarida o pedido de nulidade da autuação, pleito já devidamente enfrentado pelo órgão julgador na Decisão recorrida.

Na infração 1 foi exigido o ICMS pelo fato de o autuado ter aplicado a alíquota de 7%, referente aos produtos da cesta básica, quando o correto seria 17%. O órgão julgador de Primeira Instância reduziu o valor do débito por entender que *"assiste razão em parte ao autuado, mas também o acerto da ação fiscal, visto que as mercadorias citadas, com exceção de "óleo vegetal", não estão contempladas no artigo 50, inciso I, alínea "a", do RICMS/97, e não foi apresentada comprovação de que as operações realizadas se enquadram na alínea "b" do citado dispositivo"*.

Entretanto, observo que a Junta de Julgamento Fiscal incorreu em equívoco ao considerar o produto “óleo vegetal” como pertencente à categoria de produtos beneficiados com a alíquota de 7%, prevista no artigo 51, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97.

Por outro lado, o artigo 87, inciso VII, do RICMS/BA prevê que será reduzida a base de cálculo do imposto estadual *“das operações internas com óleo refinado de soja (NBM/SH 1507.90.10), calculando-se a redução em 29,41% (vinte e nove inteiros e quarenta e um centésimos por cento), de forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 12% (doze por cento)”. Entretanto, verifico pelo levantamento de fl. 14 que o produto incluído nesta autuação é o óleo de girassol, o qual não possui o citado benefício tributário.*

Não obstante o que foi relatado, como se trata de apreciação de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo e não houve Recurso de Ofício, não é possível o agravamento da infração, devendo ser mantida a Decisão recorrida neste item da autuação ainda que incorreta.

Verifico, também, que o órgão de Primeira Instância também laborou em equívoco, ao excluir a multa aplicada na infração 4, sob o fundamento de que a multa por descumprimento de obrigação acessória deveria ser absorvida pela indicada na infração 3, em razão da exigência de ICMS pela falta de contabilização de notas fiscais de entradas de mercadorias.

O argumento apresentado pela Junta de Julgamento Fiscal poderia ser acatado se as notas fiscais de entradas referidas nas infrações 3 e 4 fossem as mesmas. Todavia, verifico, dos demonstrativos acostados às fls. 33 e 49, que foi cobrado o imposto porque o recorrente deixou de escrivutar determinadas notas fiscais de entradas de mercadorias (infração 3) e exigida a multa por descumprimento de obrigação acessória (1%) porque o autuado deixou de registrar outras notas fiscais de entradas completamente diferentes (infração 4). Sendo assim, concluo que uma infração não tem nenhuma vinculação com a outra, não podendo haver a absorção da multa indicada na infração 4 pela multa aplicada na infração 3, como entendeu a Junta de Julgamento Fiscal. Contudo, como dito anteriormente, não houve a interposição de Recurso de Ofício e, portanto, não se pode agravar a situação do autuado, ora recorrente, devendo, portanto, ser mantida a Decisão recorrida, inda que incorreta.

Quanto aos argumentos apresentados pelo recorrente em referência às infrações 2, 3 e 4 observo que são os mesmos já apresentados em sua manifestação anterior, sendo que o autuado apenas tenta transferir o ônus da prova para o autuante e limita-se a insistir na tese esposada, em vez de providenciar as comprovações necessárias à elisão do lançamento.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário trazido pelo autuado, para julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração em exame.

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 298921.1003/05-0, lavrado contra PASSOS DE CERQUEIRA & CIA. LTDA. (SUPERMERCADO AMANDA), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$5.058,54, acrescido da multa de 60% sobre R\$3.853,46 e 70% sobre R\$1.205,08, previstas no art. 42, II, “a” e “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de R\$127,11, prevista no inciso XI, do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2005.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPRES DA PGE/PROFIS