

A. I. N° - 206948.0001/05-5
AUTUADO - SUPERMERCADO CENTRAL LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA REZENDE
ORIGEM - INFRAZ CAMAÇARI
INTERNET - 17.06.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0180-02/05

EMENTA: ICMS. ARBITRAMENTO. PRÁTICA DE SONEGAÇÃO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Infrações parcialmente comprovadas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 26/01/2005, exige ICMS no valor de R\$ 128.090,64, em razão da falta de recolhimento de ICMS, apurado por meio de arbitramento da base de cálculo, pela utilização de máquina registrada ou PDV que não atende as exigências regulamentares, inclusive a falta de sua apresentação.

O autuado através de advogado ingressa com defesa, fls. 307 a 315, na qual tece os seguintes argumentos:

Esclarece, preliminarmente, que a matéria deduzida no Auto de Infração consiste na repetição de uma acusação fiscal já existente no Auto de Infração nº 934561-X2, e que, devido a isso, não poderia ser objeto de lançamento através do presente Auto de Infração, configurando a matéria em bis in idem, portanto nulo de pleno direito.

Informa que, de acordo com a legislação tributária vigente, fica vedada a cobrança de imposto em repetição.

Diz que ao ser lavrado o Auto de Infração, o autuante deixou de considerar algumas informações, relativas às operações de entrada e saída de mercadorias e também a natureza das mercadorias revendidas pela requerente, informações estas consideradas importantes para se averiguar o montante fiscal devido pela autuada, se for o caso. Isto demonstra a incerteza dos números apurados e inclusos no demonstrativo fiscal.

Lembra que o valor contabilizado nas vendas, não pode servir como base de cálculo do imposto, pois ali estão englobadas as vendas de produtos isentos, não tributados e outros tributados através da sistemática da substituição tributária ou mesmo mercadorias devolvidas a fornecedores, tudo isso desconsiderado pelo autuante.

Destaca que o procedimento fiscal focou-se na constatação de supostas irregularidades verificadas nos terminais de ECF, ou seja, supôs que os equipamentos estariam funcionando de forma irregular e, devido a isso, causando evasão de impostos em desfavor do Fisco Estadual.

Ratifica que demonstrará, no momento processual oportuno, que não houve qualquer procedimento contábil tendente a gerar falta de recolhimento, ou este a menor, do ICMS, no período fiscalizado. Reafirma que ainda que haja alguma irregularidade nos equipamentos, tal fato não teve como consequência qualquer prejuízo ao Estado.

Indigna-se com a atitude do autuante uma vez que este ignorou os livros de Registro de Entrada, Saída e de Inventário, da mesma forma que fez com as fitas detalhes, que embora solicitadas, não foram analisadas, sendo adotada a via extraordinária do arbitramento, em flagrante ilegalidade e arbitrariedade.

Pede a improcedência do Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 323 a 325, nos seguintes termos:

Explica que não houve repetição de acusação fiscal. Esclarece que em agosto de 2004, a Inspetoria Fiscal de Mercadoria em Trânsito, constatou o funcionamento irregular dos equipamentos emissores de cupons fiscais ECF-MR, ocasião em que o estabelecimento foi lacrado e foram arrolados todos os ECF-MR, os quais foram conduzidos ao depósito da IFMT/METRO, onde lá ainda se encontram como prova material do ilícito fiscal. Devido ao fato narrado o auditor Walter Lúcio lavrou o Auto de Infração nº 934561-X2 onde foi exigido multa fiscal de R\$ 13.800,00 (treze mil e oitocentos reais) impugnando o descumprimento de Obrigação Fiscal de Natureza Acessória. Posteriormente, com o objetivo de apurar o valor do ICMS devido, como decorrência do uso irregular dos ECF-MR do estabelecimento, o fato foi encaminhado para a Inspetoria e como resultado dessa ação fiscal surgiu o Auto de Infração nº 206948.0001/05-5 o qual se reclama um ICMS a recolher no valor de R\$ 128.090,64, em face do descumprimento de obrigação fiscal de natureza principal, ficando claro que nunca houve repetição de auto de infração como declarou o autuado.

Esclarece que os equipamentos de ECF-MR apreendidos apresentaram diversas irregularidades e devido a isso deram ensejo ao Arbitramento da Base de Calculo do ICMS. Esses equipamentos foram encontrados funcionando irregularmente, estavam sem placa fiscal, não podendo, portanto, ser verificadas informações do software básico, o que significa dizer que não se pode conhecer o período em que houve utilização irregular, nem o tipo de mercadoria comercializada, e, nem tampouco precisar as alíquotas aplicadas nessas saídas.

Informa que, em virtude de não conhecer o período, em que houve utilização irregular dos equipamentos, nem o tipo de mercadoria comercializada, foi considerada a MVA preponderante de 20% para o estabelecimento previsto no art. 938, I do RICMS/97-BA.

Declara que os dados dos estoques iniciais e finais de mercadorias tributáveis, de cada exercício autuado (2001 a 2004), são constantes dos Livros Registros de Inventário, sendo que o estoque final do exercício de 2004, aferido em 1º de setembro de 2004 é zero, uma vez que o contribuinte vendeu, naquela data, toda mercadoria do estabelecimento, através de notas fiscais avulsas tendo recolhido o imposto incidente sobre essas operações.

O autuante explica que devido as irregularidades encontradas nos equipamentos ECF-MR e não se podendo conhecer o período em que houve utilização irregular dos equipamentos, nem tampouco precisar as alíquotas aplicadas nessas saídas, fato que inviabiliza estabelecer qualquer proporcionalidade nas saídas, entre as diversas cargas tributárias praticáveis, foi aplicada a alíquota preponderante de 17% e a ocorrência do fato gerador no ultimo dia de cada exercício autuado.

Informa ainda que, do valor do imposto apurado, através do arbitramento, são deduzidos o saldo de credito fiscal do período anterior, os créditos destacados em documentos fiscais de entradas, o valor do imposto já reclamado anteriormente através do Auto de Infração, bem como o valor do imposto pago correspondente às operações do período fiscal autuado.

VOTO

Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99.

Outrossim, constato que não ocorreu “bis in idem”, ou seja, o Auto de Infração nº 934561-X2 foi lavrado em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, pelo uso irregular de equipamento emissor de cupom fiscal. Ao passo que, o presente Auto de Infração reporta-se a cobrança de ICMS, relativo ao imposto que não teria sido recolhido ao erário, face à falta de emissão de cupons fiscais, valor apurado através de arbitramento da base de cálculo.

No mérito, trata-se de Auto de Infração no qual esta a se exigir ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias, apurada através de arbitramento da base de cálculo, relativo aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, em razão da utilização de máquina registradora ou PDV que não atende as exigências regulamentares, inclusive a falta de sua apresentação.

Da leitura da página 1 do Auto de Infração em tela, consta o seguinte texto: “A registradora estava com os lacres de números 0064016 e 0125976 folgados. O lacre de número 0113135 estava violado e colocado dentro do equipamento. A tampa do visor estava solta. A máquina estava sem placa fiscal, não podendo portanto, ser verificadas informações do software básico. A resina da memória fiscal não é original.”

As irregularidades acima, deram ensejo ao arbitramento da base de cálculo do ICMS, com fundamento no art. 938, inciso III, alíneas “a” e “b” do RICMS/97, no que concordo. Verifico que a MVA aplicada, da ordem de 20%, relativa a gêneros alimentícios, também está correta.

As planilhas de fls. 28, 34, 40, e 46, com os demonstrativos que as seguem, apontam a diferença do ICMS a ser recolhido, relativos aos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, respectivamente.

Contudo, observo que, o autuante utilizou a alíquota uniforme de 17%, e como tal, entendo que deve ser aplicado o disposto no § 4º do Art. 938 do RICMS/97, que dispõe:

Na apuração da base de cálculo por meio de arbitramento, para efeitos de aplicação do percentual da margem de valor adicionado (MVA) e da alíquota, levar-se-á em conta, sempre que possível, a natureza das operações ou prestações e a espécie de mercadorias ou serviços, admitindo-se, contudo, quando for impossível a discriminação, o critério da proporcionalidade e, em ultimo caso o da preponderância.

Tratando-se de um supermercado, que comercializa com mercadorias de alíquotas diferenciadas (7%, 12%, 17%, 25%), em função dos produtos, e tendo sido aplicada a alíquota uniforme de 17%, sobre as saídas tributadas, entendo que podem ser aplicadas as alíquotas, de modo diferenciado, ou seja, de acordo com cada situação tributária, respeitando os dados constantes nas planilhas de folhas já mencionadas, em que consta a composição dos estoques registrados no livro Registro de Inventário, como segue:

Exercício	7%	12%	17%	25%
2001	3,83	0,50	95,5	0,15
2002	3,95	0,48	95,43	0,12
2003	17,20	6,59	76,05	0,14
2004	-	-	100	-

Assim, a configuração do arbitramento da base de cálculo, tendo por base a planilha de “APURAÇÃO DA DIFERENÇA DO ICMS A RECOLHER”, de fls. 33, 39, 45, 51, a partir do valor das vendas arbitradas, assume a seguinte configuração:

Exercício de 2001

1. Valor das vendas arbitradas	885.652,32	885.652,32	885.652,32	885.652,32
2. Alíquota	7% - 3,83%	12% -0,50%	17%- 95,50%	25%-0,15%
3. Valor relativo percentual	33.920,48	4.428,26	845.797,96	132,85
4. ICMS sobre o valor arbitrado	2.374,43	531,39	143.785,65	33,22
5. ICMS total sobre o valor arbitrado (soma 4)	146.724,69			
6. ICMS destacado em NF de entradas	105.750,55			
7. ICMS a recolher pelas vendas	40.974,14			
8. ICMS total recolhido	6.025,68			
9.ICMS reclamado através de Auto de Infração	10.307,90			
10. Diferença de ICMS a recolher	24.640,56			

Exercício de 2002

1. Valor das vendas arbitradas	1.114.091,39	1.114.091,39	1.114.091,39	1.114.091,39
2. Alíquota	7% - 3,95%	12% - 0,48%	17%-95,43%	25% - 0,12%
3. Valor relativo percentual	44.006,60	5.347,63	1.063.177,41	1.336,90
4. ICMS sobre o valor arbitrado	3.080,46	641,71	180.740,15	334,22
5. ICMS total sobre o valor arbitrado(soma 4)	184.796,54			
6. ICMS destacado em NF de entradas	157.363,73			
7. Outros créditos	15.533,78			
8. ICMS a recolher pelas vendas	11.899,03			
9. ICMS total recolhido	7.725,04			
10. Diferença de ICMS a recolher	4.173,99			

Exercício de 2003

1. Valor das vendas arbitradas	1.667.213,10	1.667.213,10	1.667.213,10	1.667.213,10
2. Alíquota	7% - 17,20%	12% - 6,59%	17%- 76,05%	25% - 0,14%
3. Valor relativo percentual	286.760,65	109.869,34	1.267.915,56	2.334,09
4. ICMS sobre o valor arbitrado	20.073,24	13.184,32	215.545,64	583,52
5. ICMS total sobre o valor arbitrado(soma 4)	249.386,72			
6. ICMS destacado em NF de entradas	184.009,82			
7. Outros créditos	-			
8. ICMS a recolher pelas vendas	65.376,90			
9. ICMS total recolhido	27.486,58			
10. ICMS reclamado através de Auto de Infração	-			
11. Diferença de ICMS a recolher	37.890,32			

Exercício de 2004

1. Valor das vendas arbitradas	690.769,73			
2. Alíquota	17%-100%			
3. Valor relativo percentual	690.769,73			
4. ICMS sobre o valor arbitrado	117.430,85			

5. ICMS destacado em NF de entradas	75.198,82			
6. Outros créditos	147,81			
7. ICMS a recolher pelas vendas	42.084,22			
8. ICMS total recolhido	23.173,05			
9. Diferença de ICMS a recolher	18.911,17			

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de 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 nº **206948.0001/05-5**, lavrado contra **SUPERMERCADO CENTRAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 85.616,04**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR