

PROCESSO - A. I. Nº 207668.0013/03-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PSH - PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.
RECURSO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO – Acórdão 2ª CJF nº 0312-12/05
ORIGEM - INFAS IGUATEMI
INTERNET - 04/05/2005

CÂMARA SUPERIOR

ACÓRDÃO CJF Nº 0007-21/06

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. O presente Recurso Extraordinário sustenta que a Decisão recorrida contrariou a legislação e as provas dos autos em razão de o contribuinte encontrar-se enquadrado no regime normal de apuração de ICMS, à época dos fatos. Recurso **PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Extraordinário previsto no art. 169, inciso II, alínea “c” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, interposto pela Procuradoria Geral do Estado, através de sua representante neste colegiado, propondo a reforma da Decisão da Segunda Câmara de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão da 2ª CJF nº 0312-12/05, em julgamento de Recurso Voluntário, por Decisão não unânime.

O Auto de Infração Nº 207668.0013/03-3, lavrado em 10/12/03 exigiu ICMS no valor de R\$224.787,37, além dos acréscimos legais em razão das irregularidades seguintes:

1. Recolheu a menos o imposto no valor de R\$181.287,72, em decorrência de erro na sua apuração, fatos ocorridos nos meses de dezembro/01, abril, setembro, outubro, novembro e dezembro/02;
2. Deixou de recolher ICMS no valor de R\$10.535,83, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com imposto exigido no valor de R\$32.963,82, apurada mediante a constatação de entradas de mercadorias não registradas.

A 4ª JJF constata, com relação à infração 1, que assiste razão parcialmente ao autuado, não merecendo prosperar o imposto cobrado no período de setembro a dezembro/02, tendo em vista que o autuado em 25/08/02 protocolou o DIC – DOCUMENTO DE INFORMAÇÃO CADASTRAL, para que fosse alterada a forma de pagamento do imposto com base na receita bruta, cujo pleito foi deferido pela INFAS-IGUATEMI, após a realização de diligência fiscal junto ao estabelecimento do contribuinte.

Considerando que o autuado somente foi desenquadrado do Regime de Apuração do Imposto com base na receita bruta em 27/02/04, cujo ato não retroagiu a fatos geradores de períodos anteriores, portanto, não havia respaldo legal para a exigência fiscal relativa ao período acima citado. De sorte que restou parcialmente caracterizada a infração no valor de R\$2.830,58.

Quanto à infração 2, entendeu a 4ª JJF que razão não assiste ao autuado, já que somente formalizou a sua opção para o pagamento do imposto em função de sua receita bruta em 26/08/2002, cujo pleito somente foi deferido em 08/09/02.

No caso da infração 3, entendeu o i. relator da 4ª JJF que tendo o autuado optado pelo pagamento do imposto em função de sua receita bruta, está dispensado, de acordo com a legislação do ICMS, a escriturar o livro Registro de Entradas, o que não elide a autuação. É que foi cobrado pela autuante ao invés de multa por descumprimento de obrigação acessória, imposto por presunção de omissão de saídas anteriores, cuja receita foi aplicada no pagamento das compras não contabilizadas, exigência que tem respaldo legal no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Ressaltando, que a autuante incorreu em equívoco ao exigir o imposto relativo às Notas Fiscais n°s 047341, 050654, 055504, 056410, 0096, 216637, 0215, 0244, 0266 e 222656, que dizem respeito a operações tendo como natureza transferências, trocas, bonificações, consignação e remessa em consignação, sobre as quais o autuado não desembolsou qualquer quantia para os seus pagamentos.

Com a exclusão dos valores do imposto cobrado nas notas fiscais acima indicadas, o débito remanescente para a infração passa a ser de R\$14.324,44. Ficando, desse modo, parcialmente caracterizada a infração.

Decidindo pela Procedência em Parte do Auto de Infração, no valor total de R\$27.536,95.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal ao proceder seu julgamento, manteve as infrações 1 e 2 do Auto de Infração tal como a Decisão de 1ª Instância, para cobrar a importância de R\$13.366,41, acrescidos das multas legais.

Com relação ao item 3 a 2ª CJF reconhecendo que o contribuinte não desembolsou qualquer quantia para os seus pagamentos, já que se tratava de transferências, trocas, bonificações, consignações e remessas para consignações há que se retirar da base de cálculo as Notas Fiscais de n°s 047341, 050654, 055504, 056410, 0096, 216637, 0215, 0244, 0266 e 222656, reduzindo a exigência fiscal para R\$14.324,44.

Ademais, continua o relator, há que se verificar o legítimo enquadramento nos regimes de apuração de ICMS, ainda que não prospere o argumento defensivo de que determinado regime se estenda além do exercício fiscal. Neste contexto, entende o ilustre relator ser descabida a exigência fiscal consignada na infração 3, a título de presunção de omissão de saídas, para o período de março e dezembro/02.

Neste contexto a 2ª CJF decidiu pela exclusão da infração 3, acompanhando a Decisão de 1ª Instância quanto as demais infrações.

Sendo registrado voto em separado do conselheiro Tolstoi Nolasco no seguinte teor:

“Peço venia para discordar, em parte, do Consº José Antônio Marques Ribeiro, pois entendo que o julgamento de 1ª Instância, em relação ao item 3 da autuação, não merece qualquer reforma. Considerando o que consta na fundamentação do voto vencedor, do citado Conselheiro, onde é dito que o contribuinte somente formalizou sua opção para o pagamento do imposto com base na receita bruta em 26/08/2002 e, só obteve deferimento em 08/09/2002, é perfeitamente cabível a exigência do imposto, por presunção de omissão de saídas, em razão da falta de registro das notas fiscais de aquisição, com a exclusão daquelas em que não houve efetivo desembolso de Recursos financeiros. Esse ajuste já havia sido efetuado pela Junta de Julgamento, sendo uma das razões que motivaram a interposição do Recurso de Ofício previsto na lei processual administrativa.

Considerando ainda que no período autuado, relativamente ao item 3 do Auto de Infração, o contribuinte de fato se encontrava enquadrado no regime de apuração normal do ICMS, não

se pode afastar a presunção, salvo se houvesse prova em contrário produzida pelo recorrente, circunstância essa não verificada no presente processo.

Vislumbro, data máxima vénia, uma total incoerência entre a Decisão proferida pelo relator nos itens 1 e 2 comparativamente àquela que foi produzida em relação ao item 3 da autuação, inclusive pelo fato da exclusão das parcelas do citado item não estarem devidamente justificadas no voto vencedor. Portanto, o voto do Sr. relator é, no mínimo, contraditório e também padece de omissões quanto à fundamentação.

Em razão dessas considerações, me posiciono em concordância com o Parecer jurídico da Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), pois entendo que a suplica recursal não encontra guarida, vez que a exigência fiscal não tem lastro no simples descumprimento de obrigação acessória, mas sim na presunção de omissão de saídas de mercadorias por falta de comprovação no Livro Registro de Entradas e na escrita contábil do lançamento das notas fiscais de aquisição de mercadorias”.

A procuradora argumenta que o Recurso Extraordinário tem por fundamento a contrariedade da Decisão atacada, que julgou improcedente a infração 3 do multicitado Auto de Infração, em contradição ao quanto decidiu a Douta JJF acompanhada pelo Conselheiro Tolstoi Nolasco, que produziu voto discordante no Acórdão recorrido.

A ilustre procuradora afirma que a dita infração 3 está consubstanciada na falta de escrituração de certas notas fiscais de entrada, dando consequência ao estabelecimento da presunção conforme previsto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Diz que restou controverso, que o autuado era enquadrado no regime normal de apuração do ICMS no período da autuação.

Assevera que as parcelas referentes às notas fiscais indicadas pelo autuado, já haviam sido excluídas corretamente pela JJF, devendo, portanto, permanecer as demais, já que importaram em desembolso financeiro e, portanto, são aptas a conduzir à presunção legal de omissão de saídas anteriores tributadas.

Ficando evidente que o fundamento da Decisão recorrida, nessa questão contraria as provas dos autos e a própria legislação vigente, entendendo a ilustre procuradora que por conta das evidências está demonstrado que a Decisão recorrida merece ser reformada.

Diante do exposto requer que seja modificada a Decisão proferida pela 2ª CJF para o restabelecimento da infração 3 “*in totum*”.

VOTO

Este Recurso Extraordinário vem a julgamento nesta Câmara Superior tendo em vista as decisões proferidas primeiro pela 4ª JJF e em seguida pela 2ª CJF, quando esta alterou a Decisão de 1ª Instância julgando improcedente a infração 3 do Auto de Infração.

Preliminarmente, considero acertada a tese esposada pela Procuradoria Geral do Estado, quanto à natureza do Recurso Extraordinário e os seus requisitos de admissibilidade. De fato, o art. 169, II, “c” do RPAF/99, prevê que cabe Recurso Extraordinário, de competência do representante da Procuradoria Geral do Estado no CONSEF, quando a Decisão contrariar a legislação, as provas dos autos ou o entendimento manifestado em decisões reiteradas do CONSEF. Neste sentido, analisar a conformidade ou não dos fundamentos elencados na peça recursal, com aqueles constantes da Decisão que se pretende modificar é, obviamente, adentrar ao mérito do Recurso Extraordinário.

Com efeito, os limites de conhecimento do Recurso Extraordinário são aqueles estabelecidos pelo art. 172 do referido diploma legal, ao determinar que o prazo para que o representante da

PGE/PROFIS apresente o Recurso Extraordinário é de 10 (dez) dias, contado da data da publicação da Decisão, além, naturalmente, da legitimidade, do interesse de agir, e da possibilidade jurídica do pedido.

Assim, em face das razões acima expostas e tendo em vista os dispositivos regulamentares indicados, entendo que o Recurso Extraordinário, além de tempestivo, atende plenamente às normas de regência, uma vez que, foram preenchidos os requisitos legais para a sua admissibilidade.

No exame das razões de mérito entendo que a ilustre procuradora embasa sua peça recursal no fundamento da Decisão recorrida contrária às provas dos autos e à legislação vigente, posição, aliás, esposada em voto em separado constante da mesma Decisão.

De fato, a falta de escrituração de notas fiscais de entrada, deixa margem ao estabelecimento de presunção conforme define o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, de resto ficou demonstrado que o autuado era enquadrado no regime de apuração normal do ICMS no período considerado pelo autuante.

Face às razões expostas, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Extraordinário para restabelecer a infração 3 no valor de R\$32.963,82.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da Câmara Superior do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso Extraordinário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207668.0013/03-3, lavrado contra **PSH - PRODUTOS E SERVIÇOS HOSPITALARES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$46.330,23, acrescido das multas de 60% sobre R\$13.366,41 e 70% sobre R\$32.963,82, previstas no art. 42, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Eduardo Nelson de Almeida Santos, Denise Mara Andrade Barbosa, Álvaro Barreto Vieira, Fernando Antonio Brito Araújo, Helcônio de Souza Almeida, Tolstoi Seara Nolasco, Bento Luiz Freire Villa-Nova, Fábio de Andrade Moura, Oswaldo Ignácio Amador e Antonio Ferreira de Freitas.

VOTO VENCIDO: Conselheiro Nelson Antonio Daiha Filho.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de março de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

EDUARDO NELSON DE ALMEIDA SANTOS – RELATOR

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