

PROCESSO - A. I. Nº 269191.0600/02-6
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA. (CASTRO ATACADISTA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0192-02/06
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 16/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0384-12/06

EMENTA: ICMS. ENTRADAS 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. Corrigidos erros do levantamento. Reduzido o valor do débito do item 1. Não acatadas as preliminares suscitadas pela defesa. Itens 2 e 3 não foram objeto de apreciação neste julgamento. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em breve histórico, foi exarado às fls. 167/176 o Acórdão JJF Nº 0455-03/06, tendo sido decidido, inclusive, a nulidade da infração 1, na parte relativa ao produto açúcar.

A CJF, através do Acórdão nº 0013-12/06, confere Procedência Parcial ao Recurso de Ofício para julgar procedente a infração, mantendo indene as demais resoluções.

Ante tal circunstância, aviou o autuado Pedido de Reconsideração às fls. 219/220, pugnando pela nulidade do Acórdão no particular, sob a alegação de supressão de instância.

Com o aval da d. Procuradoria, a CJF acatou a tese empresarial, sendo os autos encaminhados em retorno para a JJF para enfrentamento do mérito da infração 1, como entender de direito. Destarte, a JJF profere o Acórdão nº 0192-02/06, cujo apelo fazendário será submetido a esta CJF.

Portanto, trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do Acórdão nº 0192-02/06, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, para condenar a Apelante ao pagamento do ICMS no valor de R\$17.138,40, acrescidos de acessórios e multas.

O objeto do presente Recurso circunscreve-se à infração 1, originalmente estimada em R\$32.318,53, cuja acusação compreende a falta de recolhimento do imposto [ICMS] relativo a operações de saídas de mercadorias não declaradas, com base na 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, fato apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias em exercício fechado (1998).

O recorrido, contribuinte, em sede de defesa, suscita, preliminarmente, nulidade do lançamento, eis que imprecisa a acusação, importando em cerceamento ao direito de defesa. Reitera, ainda, a nulidade, ao fundamento de que a ação fiscal teria negligenciado o exame da documentação pertinente, assim como não teria sido notificada para pronunciar-se sobre os demonstrativos de apuração dos preços médios unitários.

No mérito, entende insubstancial a infração 1, pois o açúcar submete-se ao regime da substituição

tributária, cujo ciclo de tributação já estaria encerrado, exceto “*se provasse materialmente quais teriam sido as mercadorias anteriormente saídas sem Notas Fiscais.*”

Impugna, também, a aplicação da alíquota de 17% sobre operação com arroz, pois contraria o art. 51, I, “a”, do RICMS/89 que prevê 7%. Entende que a alíquota de 17% caberia apenas se provado “*que a omissão de saídas anteriores seria relativa a mercadorias tributáveis à alíquota de 17%.*”

Pleiteia, ainda, com fulcro no princípio constitucional da não-cumulatividade, o reconhecimento do direito aos créditos decorrentes das entradas das mercadorias, já que se cuida de acusação de omissão de registro de entradas.

A réplica da fiscalização ilide as alegações de nulidade, amparada na convicção da exação da acusação, o que teria viabilizado exercício pleno do direito de defesa e o contraditório. Sustenta sua conduta na Portaria nº 445/98.

Na abordagem do mérito, aventa a ausência de impugnação em face dos levantamentos, autorizando a inferência do assentimento empresarial, máxime pelo acatamento do procedimento utilizado para a infração 3.

Entende, ainda, inviável a concessão de créditos fiscais por conta da apuração sobre exercício fechado, “*o que acarreta para as omissões de entrada a presunção de omissão de saídas anteriores.*” Pugna pela manutenção integral da infração.

Os autuantes foram instados a promover, mediante diligência, revisão pontual da acusação, a qual prestou esclarecimentos, tendo sido realizados novos demonstrativos.

Notificado, o ora recorrido arguiu nulidade ao fundamento da ausência de ciência da Decisão pela diligência, não podendo, portanto, aferir se o resultado do incidente coincide fielmente com a proposta. Ratifica seus pronunciamentos transados.

Novo incidente fora determinado, desta feita dirigido à ASTEC, com vistas ao esclarecimento dos pontos abordados no despacho de fl. 95.

Em resposta, a ASTEC a aplicação do percentual de perdas do arroz (33,5%) e no cálculo do preço médio do açúcar.

O ora recorrido contraria o resultado da diligência, mormente pela ausência de exame da sua contabilidade, tendo transcorrido ‘*in albis*’ o prazo para os fiscais se manifestarem.

Em retorno à JJF para julgamento da infração 1, dado o acolhimento do Pedido de Reconsideração, foi rejeitado o pedido de reinauguração do prazo de defesa, pois à recorrida foram concedidas, regularmente, vistas do resultado dos dois incidentes realizados. Afasta a nulidade por restrição ao direito de defesa.

Restou refutada ainda a alegação empresarial de negligência da fiscalização por esta não proceder à avaliação da sua contabilidade. Entendeu a JJF que tal conduta não guarda pertinência com a auditoria de estoques realizada.

Certifica também a ausência de acréscimo na quantificação do ICMS devido, especialmente a aplicação da MVA, estando os preços médios unitários escorreitamente corrigidos no ensejo dos incidentes procedimentais realizados.

As alegações empresariais de mérito gravitam em derredor do ciclo de tributação encerrado do produto comercializado, sendo, portanto, indevida a exigência de ICMS por omissão de saída e o patamar percentual aplicável ao arroz que é de 7% e não 17%.

Sustenta o ‘*a quo*’ o cabimento da presunção expressa no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, a qual admite prova em contrário a cargo da recorrida. Enfatiza que a omissão, por presunção, de entradas de mercadorias não registradas implica na presunção de saídas anteriores não especificadas, ou seja, saídas exclusivas de arroz, de açúcar ou de ambos, cujo produto da venda teria financiado as entradas. Nesta premissa, incumbiria à recorrida produzir prova cabal da espécie de mercadoria vendida, mormente para fins de fixação da alíquota própria.

Esclarece ainda que o E. CONSEF já firmou intelecção pela qual a presunção torna-se inaplicável quando 100%, ou percentual próximo, das mercadorias comercializadas pelo estabelecimento fiscalizado sejam imunes ou tributadas por antecipação. Conclui que a alíquota aplicável é 17%, por conta da ausência de prova da espécie comercializada nas operações omitidas. Retifica, assim, o Parecer da ASTEC no ponto em que promoveu à separação das alíquotas, fixando o total do ICMS devido em 17% de R\$93.769,91 - R\$15.940,88.

Ao rebater as alegações de direito ao crédito, sublinha o ‘a quo’ que “*aqui não está sendo lançado o imposto das entradas, mas sim de operações de saídas anteriores – os valores das entradas serviram apenas como indício para se chegar à certeza da omissão de receitas daquelas saídas anteriores. Evidentemente, se a empresa dispõe dos documentos das entradas em questão, poderá utilizar os referidos créditos, observado o disposto no art. 101 do RICMS acerca da utilização extemporânea de créditos.*”

VOTO

O presente PAF foi submetido a dois incidentes de revisão, um pelo próprio autuante, às fls. 68/79, e outro pela ASTEC, às fls. 97/99, os quais retificaram a infração 01, originalmente estimada em R\$32.318,53.

Destarte, as diligências realizadas lograram promover ajustes necessários à autuação, conformando, portanto, seu valor aos limites legais.

Saliente-se, ademais, que o ‘a quo’, após explanar sobre a legitimidade da presunção prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, uniformizou a alíquota aplicável em 17%, contrariando o Parecer da ASTEC de fl. 101, que recomendava a alíquota de 7% para as saídas de arroz e 17% para o açúcar. Fixou, a partir de tais premissas, o valor da autuação em R\$15.940,88, divergindo da ASTEC que fixava o valor do ICMS devido em R\$10.085,99.

‘*Data venia*’, entendendo incensurável a Decisão primária, eis que lastreada nas conclusões criteriosas das diligências, pelo que mantengo a Decisão atacada por seus próprios fundamentos.

Portanto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício interposto.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 269191.0600/02-6, lavrado contra **DISTRIBUIDORA BARREIRAS DE ALIMENTOS LTDA. (CASTRO ATACADISTA)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.138,40**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.197,52 e 70% sobre R\$15.940,88, previstas no art. 42, II, “d” e III, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de setembro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

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