

PROCESSO - A. I. Nº 269356.0003/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - JOSÉ FILADELFO SANTOS (MERCADINHO SERGIPANO TEM D TUDO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 2º JJF nº 0033-02/07
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 28/05/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0186-12/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Fato demonstrado nos autos. Erros do lançamento. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. **b)** “ANTECIPAÇÃO PARCIAL”. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Embora a descrição do fato, no Auto de Infração, desse a entender que se trataria da antecipação dita “total” (substituição tributária por antecipação), está claro, nos papéis de trabalho, que se trata da chamada “antecipação parcial”. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor do imposto a ser lançado. Corrigido o percentual da multa. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MULTAS. **a)** MERCADORIAS RELATIVAS A OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. **b)** MERCADORIAS RELATIVAS AS OPERAÇÕES NÃO TRIBUTÁVEIS. Fatos parcialmente demonstrados nos autos. Refeitos os cálculos, reduzindo-se os valores das multas. 3. INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. Fato parcialmente demonstrado nos autos. Refeitos os cálculos, reduzindo-se o valor da multa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª JJF que recorre da presente Decisão para esta Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00.

De acordo como o Relatório do Acórdão temos que o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/3/06, diz respeito aos seguintes fatos:

1. falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 310,07, com multa de 60%;
2. entrada, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$ 190,75, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas;

3. entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$ 52.248,78, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas;
4. omissão de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais prestadas através da Declaração do Movimento Econômico-Fiscal de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME), sendo por isso aplicada multa de R\$ 34.248,45, equivalente a 5% do valor comercial das mercadorias;
5. falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias, sendo lançado imposto no valor de R\$ 9.326,61, com multa de 50%;
6. falta de exibição do livro Caixa, sendo por isso aplicada multa de R\$ 460,00.

O Sr. relator refere-se a defesa apresentada pelo autuado na qual foi alegado que, no que concerne aos itens 1º e 5º, não caberia o recolhimento do imposto por antecipação, por se tratar de operações enquadradas nas situações previstas no art. 355 do RICMS. Quanto aos itens 2º e 3º, lembra que as obrigações acessórias em questão, são atribuídas aos contribuintes do regime normal de tributação, e não aos contribuintes do SimBahia, que estavam desobrigados de escriturar o Registro de Entradas, como é o seu caso, no período fiscalizado.

Com relação ao item 4º, alegou que o enquadramento legal versa sobre a obrigação da entrega da DME no prazo legal e na forma do art. 335 do RICMS, porém a falta de entrega das Notas Fiscais de entrada não prova qualquer omissão na DME, uma vez que as Notas não entregues estão compreendidas no total das entradas declaradas no mencionado documento.

A defesa reclamou que, no caso das infrações 1ª, 2ª, 3ª, 4ª e 5ª, o fiscal autuante não trouxe aos autos os documentos fiscais, apenas se detendo na listagem do CFAMT. Alegou que muitas das Notas Fiscais arroladas não comprovam a aquisição das mercadorias pelo autuado, pois foram enviadas equivocadamente pelo fornecedor. Alegou que o Decreto nº 7.902/01 o exime do recolhimento do tributo antecipadamente nas situações do art. 355. Protesta que não foram observados os aspectos legais atinentes às empresas do SimBahia. Transcreveu dispositivos do RICMS e citou a jurisprudência deste Conselho. Alegou a existência de erros e de prova apenas parcial dos fatos. Reclamou da aplicação da alíquota de 17%.

Pedi que fosse declarado nulo o lançamento, ou, no mérito, improcedente. Juntou documentos, inclusive relação de Notas Fiscais não acostadas aos autos.

O Auditor fiscal autuante prestou informação falando do histórico da condição do contribuinte. Transcreveu dispositivos do RICMS e do CTN. Assinalou que, no caso do item 1º, a obrigação de pagar o imposto é uma obrigação solidária [*sic*], não comportando benefício de ordem, de modo que os argumentos do contribuinte de que não seria possível atribuir-lhe a obrigação pelo imposto enquanto não esgotada a possibilidade de cobrar o tributo do contribuinte de outra unidade da Federação não pode nunca prosperar.

Quanto ao item 5º, o Auditor fiscal reconheceu que se equivocou no enquadramento da autuação, pois na verdade se trata de “antecipação parcial” e se refere ao período em que a empresa já se encontrava na condição de contribuinte normal. Aduziu que os valores são os mesmos consignados no Auto de Infração, exceto quanto à multa, que em vez de 50% deverá ser de 60%.

Com relação às obrigações acessórias dos itens 2º, 3º e 4º, o Auditor fiscal diz que se posicionou pela “multa formal”, em virtude de o contribuinte não possuir o livro Caixa, tendo por isso sido aplicada a multa do item 6º, acatada pelo contribuinte, e por não fornecer os comprovantes de despesas, o que facilitaria bastante a fiscalização. Disse que, nas pastas apresentadas pelo contribuinte, nas quais supostamente se encontrariam todas as Notas Fiscais que integram a DME, notou que o contribuinte não declara a totalidade das mercadorias adquiridas, seja na DME, seja no Registro de Entradas, de modo que as infrações 2ª, 3ª e 4ª “obedeceram as mesmas origens,

basearam nas notas fiscais coletadas no posto fiscal. Somente foram separadas por conceitos das mercadorias ou pela condição do contribuinte”. Refutou a alegação da defesa quanto a erros dos levantamentos.

Juntou novo demonstrativo relativo à infração 5ª, demonstrativo das notas fiscais não acostadas aos autos, demonstrativos indicativos das folhas dos autos onde se encontram determinados documentos, além de outros papéis.

Dada ciência da informação ao sujeito passivo, este se manifestou refutando os termos da informação fiscal quanto aos itens 1º e 5º, observando que o auditor fiscal, enquanto autoridade administrativa, não pode furtar-se aos princípios jurídicos, dentre os quais o da legalidade, destacando o caráter vinculado do lançamento tributário. Transcreve o “caput” e o § 1º do art. 125 do RICMS. Transcreve também ementa de resolução deste Conselho. Considera que, se fosse acatado o entendimento do auditor, o lançamento padeceria de segurança para determinar as infrações. Chama a atenção para a previsão de nulidade do art. 18, IV, do RPAF. Quanto aos itens 2º, 3º e 4º, alegou que o fato de não ter registrado as Notas Fiscais de entradas no Registro de Entradas nos meses de 2004, em que não se encontrava mais no regime do SimBahia, não significa que deixou de declarar todas as entradas nas DMEs dos exercícios anteriores. Argumentou que a análise dessa questão não pode ser meramente valorativa, devendo ser feita a devida demonstração. Disse que o auditor fiscal não enfrentou especificamente os argumentos da defesa. Assinala que ele, para provar a falta de registro de entrada, no caso de contribuinte do SimBahia, deveria somar todas as notas fiscais de entradas e verificar nas DMEs se os valores coincidem ou não. Frisou que a prova do fato, sugerida pelo fiscal na informação, deveria ser feita pelo autuante, e não pelo autuado. Considerou que a alegação do autuante deixou evidente que ele não somou as Notas Fiscais de entrada e não verificou se os valores das DMEs coincidem ou não com este resultado. Destacou que o autuante não indicou os números das páginas de todas as Notas Fiscais impugnadas pela defesa, e alega que os totais dos demonstrativos fiscais estão errados. Requereu a realização de diligência para que o autuante apresentasse cópias das notas fiscais. Pediu que o Auto de Infração fosse julgado Nulo, ou, no mérito, improcedente.

Ainda de acordo com o relatório da 1ª Instância o processo foi remetido em diligência à repartição de origem, a fim de que o fiscal autuante:

- a) com relação aos itens 1º e 5º, falasse acerca da alegação do autuado de que o Decreto nº 7.902/01 o exime o recolhimento do tributo antecipadamente nas situações do art. 355;
- b) prestasse esclarecimentos quanto ao fato de, no item 2º, na linha referente a fevereiro de 2002, constar que 1% de R\$ 457,97 seria igual a zero, bem como ao fato de na linha referente a abril de 2000 constar que 1% de R\$ 680,00 seria igual a zero;
- c) com relação ao item 4º, fizesse demonstrativo com indicação, em colunas distintas, dos valores das compras declaradas em cada DME, dos valores das Notas Fiscais constantes na pasta em poder do contribuinte, relativamente a cada DME, e das Notas Fiscais coletadas pelo CFAMT, relativamente a cada exercício, desde que devidamente anexadas ao processo;
- d) quanto aos itens 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, esclarecesse a que amostragem foi feita alegação na informação fiscal, devendo anexar aos autos as vias dos documentos fiscais, esclarecendo se os mesmos foram obtidos através do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), e, em caso negativo, explicando a forma como foram obtidos os documentos, e elaborasse demonstrativos relativamente a cada situação.

Em cumprimento à diligência, o fiscal autuante teceu uma série de considerações preliminares e, quanto ao que foi solicitado, informou o seguinte:

- a) com relação à alegação do autuado de que o Decreto nº 7.902/01 o exime do recolhimento do tributo antecipadamente nas situações do art. 355, se os produtos são objeto de protocolo ou convênio atinentes à substituição tributária, foi constatado que as mercadorias são vermute, vodka, bebida láctea, conhaque e aguardente, não estando estas contempladas no Anexo 86

[do RICMS], que especifica os convênios e protocolos de substituição tributária, de modo que não procedem as alegações do contribuinte quanto à cobrança de antecipação tributária em seu nome, sem esgotar a possibilidade de cobrança do substituto tributário em outro Estado, pois somente a infração 1ª é alcançada pelos argumentos do contribuinte, pois a infração que anteriormente poderia ser objeto de questionamento foi retificada ao ser prestada a informação fiscal, corrigindo-se o demonstrativo de substituição/antecipação para antecipação parcial;

- b) quanto aos erros do item 2º, foi feita a devida correção, elaborando-se novo demonstrativo;
- c) com relação ao item 4º, foram providenciados os demonstrativos solicitados;
- d) no tocante aos itens 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, foram elaborados novos demonstrativos, contendo apenas a relação das Notas Fiscais que estão em poder da fiscalização, sendo que, no caso das demais operações que não tenham a comprovação documental, será enviado ao contribuinte termo de intimação/declaração, para buscar junto aos fornecedores os elementos que permitam, no futuro, comprovar as respectivas operações, de modo que, quando do resultado desta colheita de material, se houver comprovação material, será solicitada ordem de serviço específica para a lavratura de outro Auto de Infração. Aduz que foram anexadas ao processo todas as vias dos documentos coletadas nos postos fiscais que se encontravam em seu poder. Diz que não houve Notas Fiscais coletadas junto a fornecedores. Informa que foram elaborados os demonstrativos obedecendo aos critérios recomendados na diligência. Diz que não houve Notas Fiscais coletadas de outra forma que não no CFAMT.

Intimado o contribuinte acerca dos novos elementos, foi protocolada petição em que alegou falta parcial de provas. Alegou que o autuante se prendeu simplesmente à listagem emitida pelo CFAMT, sem trazer aos autos a totalidade dos documentos especificados nos demonstrativos, supostamente coletados nos postos fiscais. Reportou-se a decisões deste Conselho de Fazenda. Citou doutrina. Argumentou que devam ser excluídos os valores relativos às Notas Fiscais de operações que não se encontrem materialmente comprovadas nos autos, declarando que não adquiriu as mercadorias. Argumentou ser nulo o Auto de Infração baseado em presunção fiscal sem a devida fundamentação. Apegou-se ao princípio da verdade material. Fundamentou o pleito da nulidade do lançamento nos arts. 18, IV, e 41, II, do RPAF e reiterou o pedido de exclusão dos valores relativos às Notas Fiscais não acostadas aos autos e a nulidade ou procedência parcial dos lançamentos tendo juntado documentos.

Em seu voto o Sr. relator relembra que o item 1º acusa falta de pagamento de ICMS a título de antecipação (substituição tributária por antecipação), relativamente a mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, “relacionadas nos anexos 69 e 88” – ou, melhor dizendo, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS.

Em face dos questionamentos da defesa, segundo a qual o Decreto nº 7.902/01 o eximiria do recolhimento do tributo antecipadamente, determinou a realização de diligência, a fim de que o auditor falasse a respeito daquela alegação. Informou então aquela autoridade que as mercadorias objeto do item 1º do Auto não estão contempladas em protocolo ou convênio para efeitos de substituição tributária.

Notou o Sr. Relator que o fiscal refez o demonstrativo do débito do item 1º, fazendo uma série de alterações e acrescentou que o *“originariamente, conforme consta no Auto de Infração, o item 1º cuidava, unicamente, do imposto devido por antecipação (“total”), relativamente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária”*. Após a revisão feita pelo autuante, o item 1º passou a abranger valores relativos a *“antecipação total e parcial ou substituição tributária”*. Com essa mistura heterogênea, o autuante fez uma grande confusão entre dois institutos distintos: a substituição tributária por antecipação (que se contrapõe à outra modalidade de substituição, que é a substituição tributária por diferimento) e a denominada *“antecipação parcial”*, figura recém-introduzida na legislação baiana e ainda não assimilada pelos contribuintes e tampouco pelos agentes do fisco.

Comenta a respeito das expressões “antecipação total” e “antecipação parcial”. E preleciona “a legislação, porém, não contempla a expressão “antecipação total”. É preciso distinguir bem as figuras jurídico-tributárias, para evitar confusão. A legislação baiana prevê o pagamento de ICMS na modalidade de “antecipação parcial”, espécie de antecipação que mais apropriadamente deveria denominar-se “antecipação provisória”, figura tributária de natureza diversa da substituição tributária por antecipação, que tem o caráter de “antecipação definitiva”, por encerrar a fase de tributação das mercadorias, ao contrário da “antecipação parcial” (provisória), que tem caráter transitório. Apesar de haver entre as duas modalidades de antecipação uma relação de gênero e espécie, trata-se de figuras tributárias com pressupostos e conseqüências diversas. Uma implica o encerramento da fase de tributação, e a outra, não; numa há aplicação de MVA, na outra, não; e há ainda o fato de que não estão sujeitas à antecipação dita “parcial” as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação. Para evitar confusão, seria melhor que o legislador, no futuro, desse nova denominação ao instituto da “antecipação parcial”.”

E prossegue dizendo que o contribuinte alegou que o Decreto nº 7.902/01 o eximiria do recolhimento do imposto por antecipação. Entendeu inadequada a referência ao Decreto nº 7.902/01, pois ele não cuida, especificamente, da situação em apreço. Na verdade, diz o Sr. Relator, o referido decreto foi o ato mediante o qual foi feita a alteração nº 22 do Regulamento do ICMS, além de ter introduzido regras atinentes ao ajuste dos estoques, para efeitos de substituição tributária, para os distribuidores, atacadistas e revendedores de peças e acessórios para veículos automotores. E conclui “desse modo, o que importa, objetivamente, são as regras estipuladas no próprio Regulamento do ICMS”.

Relembra que o art. 352-A do Regulamento do ICMS cuida da chamada “antecipação parcial” e o art. 353, da substituição tributária por antecipação.

Salientou, como já havia anteriormente que o fiscal autuante, ao atender à diligência determinada pela JJF, refez o demonstrativo do débito do item 1º, fazendo uma série de alterações. De plano, foi modificado o código da infração, de 07.01.01 (fl. 1) para 07.03.01 (fl. 1113). Com isso, foi mudada também, conseqüentemente, a descrição do fato, que passou a ser a falta de recolhimento de ICMS “por antecipação total e parcial ou substituição tributária” (originariamente, a acusação era unicamente de falta de pagamento de ICMS a título de antecipação “total”, ou seja, relativamente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, provenientes de outras unidades da Federação).

Afirma que comparando os elementos do Auto (fl. 1) com os da revisão (fl. 1113), notou que, no Auto, o débito do item 1º é distribuído em duas parcelas, ao passo que, feita a revisão, passou a ser constituído de quatro parcelas, e as datas das ocorrências são outras, como são outros também os valores das bases de cálculo. Houve mudanças também no tocante à alíquota, pois originariamente o imposto foi calculado à alíquota de 17%, mas na revisão há também valores calculados à alíquota de 27%. Além disso, foram acrescentados elementos novos.

Entendeu que, em princípio, a confusão feita pelo fiscal, misturando figuras jurídicas distintas e atribuindo ao lançamento valores diversos dos originários, com datas diferentes, implicaria nulidade do procedimento, por falta de certeza e liquidez.

Entendeu, porém, que a confusão do fiscal era apenas em parte dos elementos por ele acostados aos autos, ao cumprir a diligência, não acarretando desvirtuamento substancial dos elementos originariamente lançados. Não houve mudança do código da infração, pois, embora o fiscal se refira, na revisão do lançamento, à falta de pagamento do imposto relativo a “antecipação total e parcial”, não há nenhum valor, no item 1º, relativo à antecipação “parcial”. Por outro lado, embora no Auto de Infração apareçam valores artificialmente calculados à alíquota de 17% e distribuídos em apenas duas linhas, observou que os lançamentos constantes no Auto tinham por fonte os demonstrativos às fls. 37 e 31, nos quais os valores eram distribuídos em função de quatro tipos de mercadorias, tendo o imposto sido calculados às alíquotas de 27% e 19% (*sic*),

constando nos cabeçalhos dos demonstrativos que se tratava de imposto devido a título de antecipação tributária, com aplicação de MVA de 40%, relativamente à Nota Fiscal nº 65714, de Varejão Pajeú Ltda., e à Nota Fiscal nº 18/6/1987 (*sic* – leia-se: Nota Fiscal nº 31946 – fl. 1123), de Padre Cícero Comércio de Bebidas Ltda. Os erros quanto à alíquota (19%) e quanto à indicação do número da Nota Fiscal (Nota Fiscal nº 18/6/1987, em vez de nº 31946) foram sanados, com a revisão efetuada, da qual foi dada ciência ao sujeito passivo. As mercadorias são conhaque, aguardente, vodka e vermute, que estão sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação (a chamada “antecipação total”). Considerou correta a aplicação da MVA. Quanto às datas, considerou que o Auditor Fiscal, na revisão, ao elaborar o demonstrativo à fl. 1113, estipulou datas que não guardam harmonia com os papéis de trabalho às fls. 1123 e 1124. Observou que esse vício também se torna irrelevante, pois o contribuinte tomou ciência dos papéis às fls. 1123 e 1124.

Desconsiderou o demonstrativo à fl. 1113, relativamente à 1ª infração, porque especifica datas que não correspondem aos papéis de trabalho, e porque os cálculos estão inteiramente errados. Apresentam um pequeno demonstrativo onde coloca:

- a) 27% de R\$ 676,80 não são R\$ 124,87;
- b) 17% de R\$ 1.209,60 não são R\$ 145,15;
- c) 27% de R\$ 638,96 não são R\$ 117,75;
- d) 17% de R\$ 646,80 não são R\$ 55,44.

Diz que valores corretos estão no demonstrativo à fl. 1123, relativamente à Nota Fiscal nº 31946 de Padre Cícero Comércio de Bebidas Ltda., e à fl. 1124, relativamente à Nota Fiscal nº 65714, de Varejão Pajeú Ltda.

Observa que não foram levados em conta, contudo, os valores acrescentados pelo autuante na revisão, não constantes no levantamento originário, atinentes à Nota Fiscal nº 97007 da Nutril, indicados no demonstrativo à fl. 1123. Remete à repartição a obrigação de examinar, com relação a esse documento, se existem razões que justifiquem a renovação da ação fiscal. E alerta que, se o contribuinte, antes de nova ação fiscal, efetuar o pagamento de alguma quantia porventura devida, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

Apresenta um resumo do débito relativa ao item 1º que deverá ser feito com base nas seguintes indicações:

- a) parcela com data de ocorrência fixada em 31/05/02, relativa à Nota Fiscal nº 31946 de Padre Cícero Comércio de Bebidas Ltda., imposto no valor de R\$ 124,87 (fl. 1123);
- b) parcela com data de ocorrência fixada em 31/08/03, relativa à Nota Fiscal nº 65714 de Varejão Pajeú Ltda., imposto no valor de R\$ 172,27 (fl. 1124).

Em relação aos itens 2º, 3º e 4º que cuidam de descumprimento de obrigações acessórias (falta de registro de entradas de mercadorias) observa que em face da alegação da defesa de que faltavam alguns documentos nos autos, o processo foi remetido em diligência, para que o autuante juntasse os documentos pertinentes, de modo a manter-se a autuação unicamente em relação às Notas Fiscais constantes nos autos. O fiscal autuante refez os cálculos. Observa que demonstrativo do débito deverá ser feito de acordo com os dados às fls. 1113 (infração 2ª), 1114 (infração 3ª) e 1115 (infração 4ª), nos valores remanescentes de R\$ 55,94, R\$ 3.218,36 e R\$ 9.251,32, respectivamente.

Em relação ao item 5º - falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias – diz que embora a descrição do fato, no Auto de Infração, desse a entender que se trataria de antecipação “total”, está claro, nos papéis de trabalho às fls. 14 e 15, que se trata de antecipação “parcial”. Informa que o auditor fiscal refez os cálculos (fls. 1117 e 1138). Quanto à multa, que no Auto de Infração é de 50%, diz que o auditor se equivocou, por supor que à época o contribuinte era inscrito no SimBahia. Ocorre que, de acordo com o que afirmou o autuante na informação fiscal (fl. 1066), o contribuinte passou para o regime

normal em abril de 2004. O demonstrativo do débito deverá ser feito de acordo com os dados à fl. 1117 (infração 5ª), sendo que, nas três parcelas do exercício de 2004, totalizando R\$ 689,19, a multa é de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “d”), e na parcela do exercício de 2003, no valor de R\$144,00, a multa é de 50% (Lei nº 7.014/96, art. 42, I, “b”, 1).

O item 6º refere-se à falta de exibição do livro Caixa e a defesa não contestou a autuação, o que levou o Relator a votar pela manutenção da multa de R\$ 460,00.

Observou que na diligência, o auditor sugeriu a eliminação das Notas Fiscais não acostadas aos autos (fls. 1110 e 1116) e o acréscimo de mais uma infração – 7ª infração (fl. 1118). Salienta que as notas fiscais que o autuante não dispunha e não foram acostadas aos autos terão mesmo de ficar de fora, para uma possível ação fiscal posterior. Entendeu que relação o à “7ª infração” (fl. 1118), trata-se de um fato novo: omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas. Entendeu que neste processo, é inadmissível o acréscimo de valores que não foram objeto do lançamento originário. Caso as entradas objeto deste novo item não se encontrem entre aquelas que foram objeto deste Auto de Infração, poderá o fato ser autuado mediante nova ação fiscal. Vota pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

VOTO

Como vimos pelo extenso relatório acima, se trata de um lançamento de ofício relativo a seis infrações e a tentativa de se adicionar mais uma.

As infrações dizem respeito a :

1. falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 69 e 88” [mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 310,07, com multa de 60%;
2. entrada, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$ 190,75, equivalente a 1% do valor comercial das mercadorias não registradas;
3. entrada, no estabelecimento, de mercadorias sujeitas à tributação [pelo ICMS] sem o devido registro na escrita fiscal [descumprimento de obrigação acessória], sendo por isso aplicada multa de R\$ 52.248,78, equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não registradas;
4. omissão de entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais prestadas através da Declaração do Movimento Econômico-Fiscal de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME), sendo por isso aplicada multa de R\$ 34.248,45, equivalente a 5% do valor comercial das mercadorias;
5. falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias, sendo lançado imposto no valor de R\$ 9.326,61, com multa de 50%;
6. falta de exibição do livro Caixa, sendo por isso aplicada multa de R\$ 460,00.

Na análise de cada uma delas o zeloso Relator levou em consideração todos os seus aspectos formais e materiais e com as suas conclusões concordo inteiramente:

Em relação ao 1º item o novo demonstrativo deve ter como base as indicações apresentadas pelo Relator da 1ª Instância onde:

- a) parcela com data de ocorrência fixada em 31/05/02, relativa à Nota Fiscal nº 31946 de Padre Cícero Comércio de Bebidas Ltda., imposto no valor de R\$ 124,87 (fl. 1123);
- b) parcela com data de ocorrência fixada em 31/08/03, relativa à Nota Fiscal nº 65714 de Varejão Pajeú Ltda., imposto no valor de R\$ 172,27 (fl. 1124).

Em relação aos itens 2, 3 e 4 que cuidam de descumprimento de obrigações acessórias (falta de registro de entradas de mercadorias) concordamos inteiramente com a observação no sentido de que o demonstrativo do débito deverá ser refeito de acordo com os dados às fls. 1113 (infração 2ª), 1114 (infração 3ª) e 1115 (infração 4ª), nos valores remanescentes de R\$ 55,94, R\$ 3.218,36 e R\$9.251,32, respectivamente.

Na mesma linha acompanho a Decisão no que concerne a relação descrita no 5º item, pois, como disse aquela autoridade julgadora embora a descrição do fato, no Auto de Infração, desse a entender que se trataria de antecipação “total”, está claro, nos papéis de trabalho às fls. 14 e 15, que se trata de antecipação “parcial” e, em conclusão, o demonstrativo do débito deverá ser refeito de acordo com os dados à fl. 1117 (infração 5ª), sendo que, nas três parcelas do exercício de 2004, totalizando R\$ 689,19, a multa é de 60% (Lei nº 7.014/96, art. 42, II, “d”), e na parcela do exercício de 2003, no valor de R\$ 144,00, a multa é de 50% (Lei nº 7.014/96, art. 42, I, “b”, 1).

O mesmo ocorre em relação ao 6º item que se refere à falta de exibição do livro Caixa, não tendo sido contestado pelo contribuinte, acompanho o entendimento do Relator, assim considero correta a Decisão que manteve a multa de R\$ 460,00.

Por fim, considero também correta a Decisão de não permitir que, indiretamente, haja a inclusão de uma espécie de nova infração (fl. 1118). Concordo integralmente com a observação do Sr. Relator da JJF que as notas fiscais que o autuante não dispunha e não foram acostadas aos autos terão mesmo de ficar de fora, para se for o caso, uma ação fiscal posterior.

Considero correta a Decisão e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 **269356.0003/06-3**, lavrado contra **JOSÉ FILADELFO SANTOS (MERCADINHO SERGIPANO TEM D TUDO)**, devendo o recorrido ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$1.130,33**, acrescido das multas de 50% sobre R\$144,00 e 60% sobre R\$986,33, previstas no art. 42, I, “b”, 1 e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no total de **R\$12.985,62**, previstas no art. 42, IX, XI, XII-A e XX, da supracitada lei, com os acréscimos moratórios estabelecidas pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de maio de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA – REPR. DA PGE/PROFIS