

PROCESSO - A. I. Nº 207093.0011/06-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - GOTEMBURGO VEÍCULOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0009-03/07
ORIGEM - INFAS ATACADO
INTERNET - 27/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0204-11/07

EMENTA: ICMS: 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Aplicação de penalidade fixa por se tratar de mercadorias com fase de tributação encerrada. **b)** ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não cabe a exigência de ICMS por presunção legal de omissão de saídas anteriores aplicada sobre contribuintes que comercializam exclusivamente mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária com fase de tributação encerrada. Infração nula, roteiro de fiscalização inadequado. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Falta de segurança na determinação da infração. Infração nula. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 3ª Junta de Julgamento Fiscal, consoante Acórdão nº 0009-03/07, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 207093.0011/06-8, lavrado em 29/09/2006, o qual reclama a cobrança do ICMS no valor de R\$75.379,75, com aplicação das multas de 60% e 70%, decorrente da imputação das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1- Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem a emissão de documentos fiscais e respectiva escrituração, decorrente de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo do imposto, o maior valor monetário - o das saídas tributáveis. Total do débito: R\$19.696,13, com aplicação da multa de 70% (exercício de 2003).

INFRAÇÃO 2- Falta de recolhimento do ICMS alusivo 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 o seu pagamento com recursos provenientes de operações de saídas realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício fechado. Total do débito: R\$41.691,31, com aplicação da multa de 70% (exercícios de 2004 e 2005).

INFRAÇÃO 3: Falta de retenção e o consequente recolhimento do ICMS, na condição de contribuinte substituto, relativos às operações de saídas de mercadorias enquadradas no regime de Substituição Tributária, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, por isso, sem o

respectivo lançamento em sua escrita, efetivado através de levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Total do débito: R\$13.992,31, com aplicação da multa de 60% (exercícios de 2003, 2004 e 2005).

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 222/235), inicialmente informando que, mesmo com o esforço e a dedicação do autuante, visando buscar ilícitos tributários, não logrou êxito, pois há absoluta regularidade fiscal no contexto das ditas infrações. Assevera que, conforme os princípios da legalidade e tipicidade cerrada, a Administração Fiscal não deve ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos. Entende que se constata a imperiosa necessidade da tributação obedecer ao princípio da legalidade, referindo-se ao artigo 150, I, da Constituição Federal. Aduz que o preposto fiscal criou uma responsabilidade para o autuado relativa a mercadorias sob o regime de substituição tributária, onde já houve a tributação antecipada, conforme se verifica nas infrações 1 e 3, reconhecendo como devido, para a infração 1, a multa de R\$50,00, por descumprimento de obrigação acessória, rotulada como falta de emissão de documentos fiscais.

No que concerne à infração 2, alude que a suposta omissão de entradas decorre das inconsistências detectadas no arquivo magnético, as quais só foram observadas após a conclusão da ação fiscal e que, nos Relatórios de Auditoria de Estoque (SAFA) elaborados pelo autuante, constou o período de 01/01/2004 a 30/06/2004, enquanto o de apuração, descrito na infração, é de 01/01/2004 a 31/12/2004.

Tangentemente à Imputação 3, declara que se trata de uma tributação reflexa e sendo improcedente a infração 1 e não se configurando a omissão de entradas da infração 2 é improcedente o lançamento a título de falta de retenção e recolhimento do ICMS apurado com supedâneo nas referidas infrações.

Por fim, pede a conversão do processo em diligência com fundamento nos artigos 137, “a” e “b” e 148, II, do RPAF, rogando pela improcedência dos itens apontados como infringidos.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 251/252), aduz que, em relação à Infração 1, procede o Regime de Substituição Tributária para a comercialização de peças automotivas e, portanto, acata as alegações defensivas, requerendo ao CONSEF que converta a exigência do ICMS em multa de caráter acessório, pela falta de emissão de documento fiscal.

Quanto à infração 2, o autuante afirma manter integralmente a autuação, na medida em que o próprio autuado não apresentou a retificação dos arquivos magnéticos alegados como inconsistentes.

Respeitante à infração 3, declara que exclui o valor de R\$6.893,65, correspondente ao exercício de 2003, da infração 1 e ratifica os importes de R\$3.345,00 e R\$3.753,66, relativos aos exercícios de 2004 e 2005 da infração 2.

A Junta de Julgamento Fiscal, após análise, decidiu pela parcial procedência da infração 1, entendendo não ser aplicável ao caso concreto a exigência do imposto, por omissão de saídas de mercadorias, as quais já se encontravam com a fase de tributação encerrada, face a incidência da antecipação tributária, sendo imputada a multa de R\$50,00, consoante previsão do artigo 42, XXII, da Lei nº 7.014/96.

No tocante à infração 2, a JJF se posicionou, igualmente, no sentido de que a presunção legal de ocorrência de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, não se aplica ao caso em discussão, em razão das mercadorias comercializadas pelo autuado já estarem com a fase de tributação encerrada, tendo o autuado comprovado a inaplicabilidade da presunção. Entendeu ainda a JJF que, para exigência do imposto por omissão de entradas de mercadorias, exigir-se-ia o imposto por responsabilidade solidária, nos termos do artigo 10, I, “a”, da Portaria nº 445/98, restando como inadequado o roteiro aplicado na autuação, para o tipo de atividade econômica da autuado, julgando nulo o item 2 da autuação.

Sobre a infração 3, entenderam os julgadores que a acusação fiscal não se coaduna com a realidade fática, uma vez que o sujeito passivo não é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido nas operações subsequentes, na qualidade de contribuinte substituto. A exigência do imposto deve ser por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo, nos termos do artigo 10, I, “b”, da Portaria nº 445/98 e não por retenção, pois no presente caso o próprio contribuinte é o responsável pela antecipação do imposto. Amparado no disposto no artigo 18, IV, “a”, do RPAF, julgam nula a imputação fiscal deste item, por falta de segurança na determinação da infração.

Concludentemente, com amparo no artigo 21 do RPAF, a JJF efetivou representação à autoridade competente, para que ela renovasse o procedimento fiscal, devendo o autuante exigir o imposto por responsabilidade solidária sobre a base de cálculo apurada nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, nos valores respectivos de R\$6.143,67, R\$68.806,04 e R\$176.436,92. Igualmente, decidiu pela exigência do imposto devido por antecipação tributária de responsabilidade do próprio sujeito passivo nos três exercícios. Quanto à multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, relativa às omissões de saídas de mercadorias apuradas, deliberou a Junta de Julgamento Fiscal que a sua aplicação deveria corresponder a apenas um exercício, o que já foi exigido na autuação sob comento, votando pela Procedência Parcial do Auto de Infração, de acordo com o seguinte quadro:

INFRAÇÃO N º	CONCLUSÃO	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	-	50,00
02	NULO	-	-
03	NULO	-	-

Assim, acordaram os julgadores, por unanimidade, recorrendo, em obediência à legislação em vigor, para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF.

VOTO

Da análise minuciosa deste PAF, o qual versa sobre três infrações, descritas detalhadamente no relatório, constato serem, todas elas, objeto do presente Recurso de Ofício.

Com efeito, a Decisão recorrida é irretocável, na medida em que julgou, corretamente, pela procedência em parte, da infração caracterizada como 1, haja vista que, da análise dos autos, se depreende não ser cabível a imputação tal como apontada e reconhecida pelo autuante, por se tratar de comercialização de produtos submetidos ao regime de substituição tributária (peças para veículos), previsionado no artigo 353, II, item 30, do RICMS-BA, com a fase de tributação encerrada quando da incidência da antecipação tributária. Nesse contexto, afigura-se justa e legal a aplicação de multa acessória, em decorrência da saída de mercadorias sem a necessária e indispensável documentação fiscal.

Tangentemente à exigência contida na infração rotulada como de nº 2, alinho-me ao entendimento da Junta, que decidiu pela nulidade do item, entendendo ser improcedente a exigência do imposto, lastreada na presunção legal da existência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, no processo em tela, porquanto o sujeito passivo, conforme facilmente verificado no feito, comercializa suas mercadorias sob o regime da substituição tributária, logo já se apresentando com a fase de tributação encerrada na entrada das mercadorias no estabelecimento. Nesse passo, acompanho, de igual sorte, o posicionamento da 1ª Instância, eis que, *in casu*, não se poderia reclamar o imposto por presunção legal pela apuração de diferença de entradas, só sendo cabível a cobrança pela responsabilidade solidária prevista no artigo 10, I, “a” da Portaria nº 445/98.

No tocante à infração de nº 3, considero incensurável o entendimento consignado no acórdão da JJF, uma vez que a acusação fiscal não converge para os fatos reais, porquanto o autuado, operando na qualidade de contribuinte substituto, não é responsável pela retenção e recolhimento do ICMS devido por operações realizadas em seqüência.

Outrossim, mantendo o entendimento da JJF, no sentido de se representar à autoridade administrativa, para que ela, diligencie a renovação do procedimento fiscal, visando apurar possível existência de ilícito tributário no decorrer dos exercícios de 2003, 2004 e 2005.

Face o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício advindo da 3ª JJF, confirmando a Decisão recorrida, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 207093.0011/06-8, lavrado contra **GOTEMBURGO VEÍCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$50,00**, prevista no art. 42, XXII, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de junho de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS