

PROCESSO - A. I. N° 298921.0015/06-3
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FAZENDAS REUNIDAS VALE DO JULIANA S.A. (FRVJ)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2^a JJF n° 0187-02/07
ORIGEM - INFАЗ VALENÇA
INTERNET - 30/10/2007

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0376-12/07

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. NÃO ACOLHIMENTO DA NULIDADE DECRETADA PELA DECISÃO RECORRIDA EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO 1. Suprimentos de caixa de origem não comprovada autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Restou comprovado que a maioria das operações realizadas pelo contribuinte era referente a mercadorias não sujeitas à tributação pelo ICMS. Nessa situação, o imposto a recolher deveria ter sido apurado proporcionalmente às operações tributadas realizadas no período. Deverá o processo retornar à Primeira Instância para a apreciação do mérito e, caso a infração subsista, o imposto deverá ser apurado proporcionalmente às operações tributadas, conforme previsto na Instrução Normativa nº 56/2007 da Superintendência da Administração Tributária. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTAS. MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Prejudicada a apreciação deste item do lançamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item “1”, do RPAF/99, tendo em vista a Decisão da 2^a Junta de Julgamento Fiscal (2^a JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe. São objetos do presente Recurso as seguintes infrações:

1. *“Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada”*, sendo lançado ICMS no valor de R\$132.939,64, com multa de 70%;
5. entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis [pelo ICMS], sem o devido registro na escrita fiscal, sendo por isso aplicada multa de R\$3.051,20, equivalente a 10% sobre o valor comercial das entradas omitidas.

O autuado apresentou defesa e, referindo-se à infração 1, alegou que a presunção utilizada pelo autuante era inaplicável, pois a empresa comercializava com mercadorias submetidas ao regime de diferimento e beneficiadas com redução da base de cálculo do imposto. Afirmou que os suprimentos de caixa listados na autuação tinham origem comprovada e foram devidamente contabilizados. Explicou que os recursos eram referentes a empréstimos concedidos por um acionista da empresa. Acostou ao processo cópia de declaração de Imposto de Renda do referido acionista, demonstrativos e fotocópia de notas fiscais.

Quanto à infração 5, o autuado alegou que a multa referente a três notas fiscais deveria ser excluída da autuação, pois essas notas foram devidamente registradas na sua escrita fiscal.

Na informação fiscal, o auditor designado para tal incumbência afirmou, quanto à infração 1, que os lançamentos estão comprovados, cabendo ao órgão julgador emitir o seu Parecer. No que tange à infração 5, apenas disse que o contribuinte reconheceu parte do débito.

Notificado acerca da informação fiscal, o autuado reiterou os argumentos já expedidos anteriormente, bem como acostou ao processo extratos bancários para comprovar a origem dos suprimentos de caixa listados na infração 1.

Na Decisão recorrida, o ilustre relator, referindo-se à infração 1, fez um resumo das alegações defensivas, explicou qual foi a acusação imputada ao autuado e prestou esclarecimentos acerca do roteiro de auditoria aplicado. Em seguida, passou a abordar a questão da situação tributária das mercadorias comercializadas pelo autuado, demonstrando que nos exercícios de 2003, 2004 e 2005 havia uma “prevalência quase absoluta das operações isentas ou não tributáveis e “outras” em relação às operações tributadas normalmente”. Após discorrer sobre presunção legal, diferimento e redução de base de cálculo, o ilustre relator concluiu o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

[...]

O lançamento do imposto neste caso foi feito com base numa presunção relativa, prevista na legislação. Os elementos constantes nos autos descharacterizam parte da presunção, haja vista que a maioria absoluta das operações do estabelecimento correspondem a mercadorias enquadradas no regime de diferimento ou gozam de redução total da base de cálculo do imposto.

Seguindo o posicionamento que este Conselho vem adotando, em situações similares, entendo que o tipo de auditoria empregado no levantamento de que resultou o presente Auto de Infração não deve ser aplicado para a atividade desenvolvida por teste contribuinte – como não se aplica em se tratando de farmácias, postos de combustíveis, livrarias, sapatarias, lojas de autopartes e outros estabelecimentos que comercializem exclusiva ou preponderantemente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributárias ou com mercadorias não sujeitas ao ICMS.

O lançamento do item 1º é nulo. Fundamento meu voto no art. 18, IV, “a”, do RPAF. A repartição fiscal analisará se existem elementos que justifiquem a renovação do procedimento. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, sanar alguma irregularidade porventura existente, inclusive mediante denúncia espontânea, exime-se de sanções.

A infração 5 foi julgada Procedente em Parte, no valor de R\$2.044,78. Foram excluídos da exigência fiscal os valores referentes às Notas Fiscais nºs 9418, 315593, 318269 e 318270 (a primeira da Indústria de Papéis e as demais da Mogiana), uma vez que essas notas fiscais foram registradas na escrita fiscal do autuado, conforme os documentos às fls. 475, 466 e 478.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 2ª JJF recorreu de ofício de sua Decisão.

VOTO

É objeto do presente Recurso de Ofício a Decisão da Primeira Instância que julgou as infrações 1 e 5, respectivamente, nula e Procedente em Parte.

Na infração 1, o recorrido foi acusado de “Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada”. Ao passo que na infração 5, a acusação foi de entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis pelo ICMS, sem o devido registro na escrita fiscal.

A razão para a nulidade da infração 1 foi a inadequação do roteiro de auditoria aplicado pela fiscalização – auditoria de conta “Caixa” – ao tipo de atividade desenvolvida pelo recorrido, haja

vista que a maioria das operações do estabelecimento corresponde a mercadorias que estavam enquadradas no regime de diferimento ou que gozavam de redução total da base de cálculo do imposto. Por seu turno, a infração 5 foi julgada parcialmente procedente porque considerou a Primeira Instância que uma parte das aquisições relacionadas nesse item do lançamento foi devidamente registrada na escrita fiscal do recorrido.

Quanto à infração 1, com o devido respeito, considero que a conclusão a que chegou a Primeira Instância não foi a mais acertada, apesar de a maioria das operações realizadas pelo recorrido estar amparada pelo diferimento ou ser referente a mercadorias que gozavam de redução total de base de cálculo.

O entendimento mais recente deste CONSEF, corroborado pela Instrução Normativa nº 56/2007, da Superintendência da Administração Tributária, é que, quando o lançamento de ofício estiver baseado no previsto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, o imposto deverá ser apurado proporcionalmente às operações tributáveis pelo ICMS realizadas no período. Apenas quando as operações do contribuinte fiscalizado forem integralmente não tributáveis, o roteiro de auditoria será considerado inadequado, conforme se depreende do item “2” da citada Instrução Normativa.

No caso em tela, constato que o recorrido, em todos os exercícios abrangidos pela infração 1, também praticou operações tributáveis pelo ICMS e, portanto, o imposto em questão deveria ter sido apurado proporcionalmente a essas operações. Na atual fase processual, não é possível apurar o imposto devido proporcionalmente às operações tributáveis, pois, se assim procedêssemos, estaríamos incidindo em clara supressão de instância.

Também observo que, na defesa e nos pronunciamentos posteriores, o recorrido abordou o mérito da infração 1, tendo acostado ao processo farta documentação comprobatória de suas alegações. Em razão da nulidade declarada pela Primeira Instância, essas alegações defensivas não foram apreciadas.

Desse modo, a Decisão recorrida deve ser declarada nula, para que o processo retorne à Primeira Instância, para apreciação das alegações defensivas pertinentes ao mérito da lide e, em seguida, caso remanesça algum valor a recolher, deverá o ICMS devido ser apurado proporcionalmente às operações tributáveis, conforme previsto na Instrução Normativa 56/2007 da SAT.

Quanto à infração 5, o Recurso de Ofício fica prejudicado, em razão da nulidade da Decisão recorrida quanto à infração 1.

Pelo exposto, voto pela NULIDADE da Decisão recorrida, devendo o processo retornar à Primeira Instância para novo julgamento da infração 1, ficando prejudicada a apreciação da infração 5.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 298921.0015/06-3, lavrado contra **FAZENDAS REUNIDAS VALE DO JULIANA S/A (FRVJ)**, devendo o processo retornar à Primeira Instância para nova Decisão quanto ao primeiro item do Auto de Infração.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE - REPR. DA PGE/PROFIS