

PROCESSO - A. I. Nº 292888.0020/06-5
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PONTO A PONTO DISTRIBUIDOR LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 1ª JF nº 0311-01/08)
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 28/11/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0378-11/08

EMENTA: ICMS. PRESUNÇÃO DE OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS EM VIRTUDE DA CONSTATAÇÃO DE PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. REDUÇÃO DO VALOR INICIALMENTE LANÇADO DEVIDO À APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. Não é digna de reforma a Decisão de primeiro grau que, aplicando a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, julga procedente em parte o Auto de Infração, para reduzir o valor lançado a título de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorrente da constatação de pagamentos não registrados. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JF nº 0311-01/08), que julgou procedente em parte o presente Auto de Infração, lavrado em 30/08/2006 em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, no mês de novembro de 2005. ICMS exigido R\$14.791,68, acrescido de multa de 60%;
2. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidade da Federação e relacionadas no Anexo 88, nos meses de janeiro a junho de 2004. ICMS exigido R\$142.212,95, acrescido de multa de 60%. Consta que se trata de ICMS devido por antecipação tributária sobre as entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas notas fiscais não foram registradas no Registro de Entradas de Mercadorias, sendo as cópias das notas fiscais conseguidas através de requisição feita junto ao fornecedor;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados nos meses de fevereiro a agosto de 2004, janeiro, fevereiro e maio de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$224.834,90, acrescido de multa de 70%;
4. Deixou de recolher ICMS de corrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril, outubro e dezembro de 2004, janeiro, março a julho, setembro, novembro e dezembro de 2005, sendo exigido o ICMS no valor de R\$3.954,80, acrescido da multa de 60% (notas fiscais capturadas no CFAMT).
5. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de dezembro de 2004, sendo exigido o ICMS no valor de R\$1.600,00, acrescido da multa de 60%.

A JJF, na Decisão remetida ao duplo grau obrigatório, julgou procedentes as infrações 1, 2, 4 e 5, ao fundamento de que não houve qualquer impugnação por parte do contribuinte, no particular, o que implica reconhecimento da correção da acusação fiscal, a teor do art. 140, do RPAF.

No que concerne à Infração 03, esclareceu, inicialmente, que o seu objeto não está compreendido na infração 2, uma vez que este último item refere-se à antecipação do imposto pelas operações de circulação subseqüentes, enquanto que o primeiro trata de presunção de omissão de saídas anteriores.

Consignou que a presunção de omissão de saídas decorrente da constatação de pagamentos com Recursos não contabilizados está prevista no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96, admitindo prova em contrário por parte do contribuinte.

Disse já se encontrar pacificado no CONSEF o entendimento de que, nos casos de imposto cobrado com base em presunção, caso o contribuinte, além de comercializar mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, comercializar também mercadorias cujas saídas são isentas, não tributadas ou com o ICMS antecipado, deve ser observada a proporcionalidade para se exigir o imposto apenas sobre o percentual relativo às mercadoria tributadas normalmente na saída.

Asseverou que, no caso em análise, as mercadorias objeto da autuação estão enquadradas no regime da substituição tributária e, diante da inexistência de elementos que permitissem identificar se o contribuinte realizava exclusivamente este tipo de operação ou também operava com mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação, o PAF foi convertido em diligência, consoante determinado por esta 1ª CJF no acórdão de fls. 1749/1750.

Afirmou que, com a realização da referida diligência, foi apurada a proporcionalidade entre as mercadorias sujeitas à substituição tributária e as mercadorias tributadas na saída normalmente, refazendo-se os cálculos, com a redução do ICMS originalmente exigido de R\$224.834,90 para R\$35.786,32, conforme demonstrativo que elaborou.

Por fim, esclareceu que a exigência do item 3 referente aos meses de janeiro, fevereiro e maio de 2005, não encontra óbice no fato de ter sido cobrado o diferencial de alíquotas nas infrações 4 e 5, porquanto, a exemplo do que ocorreu com a infração 2, trata-se de fatos geradores distintos.

Nesses termos, julgou procedente em parte a autuação, para reduzir o valor da infração 03, nos moldes acima referidos.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 3ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

VOTO

A Decisão impugnada não merece reforma.

A JJF, dando cumprimento ao acórdão emanado desta 1ª CJF (fls. 1749/1750), converteu o julgamento do feito em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fosse informado o percentual de receita oriunda de operações de circulação de mercadorias tributáveis normalmente pelo ICMS em relação à receita total do estabelecimento, no período fiscalizado (fl. 1760).

A ASTEC/CONSEF, por sua vez, cumprindo com o quanto determinado, verificou na escrita fiscal do contribuinte o percentual das saídas tributadas pelo regime normal e as mercadorias com imposto já recolhido pelo regime da substituição tributária e outros regimes, relativamente ao período objeto da autuação, elaborando novo demonstrativo de débito no qual o montante de tributo devido foi reduzido de R\$224.834,90 para R\$35.786,32, consoante se observa às fls. 1762/1764.

Assim, a redução do valor inicialmente lançado na infração 03 decorreu da aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/07, sendo, destarte, absolutamente legítima.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

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 **292888.0020/06-5**, lavrado contra **PONTO A PONTO DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$198.345,75**, acrescido das multas de 60% sobre R\$162.559,43 e 70% sobre R\$35.786,32, previstas no art. 42, II, “d”, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os pagamentos efetuados pelo contribuinte.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de novembro de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO – REPR. DA PGE/PROFIS