

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0007/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0195-05/09
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 19/11/2009

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0314-11/09

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. FALTA DE ANÁLISE DE ASPECTO RELEVANTE DA ACUSAÇÃO POR PARTE DO JULGADOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. A falta de análise de aspecto relevante da acusação por parte do julgador de 1ª Instância, implica nulidade da Decisão recorrida, ao amparo do art. 153 do RPAF/99. Devolva-se o processo à Junta de Julgamento Fiscal para proferir nova decisão. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal (5ª JJF), nos termos do artigo 169, Inciso I, alínea “a”, item 1 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, diante da Decisão prolatada no Acórdão JJF nº 0195-05/09, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração mencionado, lavrado para cobrar ICMS e para impor penalidade por descumprimento de obrigação tributária acessória descritas em três irregularidades constatadas, quais sejam:

INFRAÇÃO 1: Penalidade fixa por falta de emissão de notas fiscais correspondente a operações realizadas; R\$ 690,00, fato verificado no exercício de 2006;

INFRAÇÃO 2: Falta de recolhimento do ICMS relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, sem emissão de documentos fiscais, bem como o lançamento das mesmas na escrita, apurado através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto, no valor de R\$ 7.211,23, fato ocorrido no exercício de 2007;

INFRAÇÃO 3: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre a alíquota interna e interestadual, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no valor de R\$ 63.191,88, sendo R\$ 55.750,48 relativo ao exercício de 2005 e R\$ 7.441,40, relativo ao exercício de 2006.

O total do crédito reclamado nas três infrações acima mencionadas monta R\$ 71.093,11.

O autuado por meio de procuradora regularmente constituída interpôs defesa administrativa de fls. 240 a 244, onde, ataca item a item o Auto de Infração, argumentando, sucintamente:

- I. Que a primeira infração não pode prosperar, vez que ficará provado que não houve omissão de saídas de mercadorias;
- II. Que, igualmente, tal infração encontra-se sem condição de prosperar, pelo fato de ter havido falha na contagem do item “óleo de soja cx. com 20 unidades”, vez que não foi considerado o seu estoque de óleo de soja em embalagem pet, apenas o óleo de soja em embalagem de lata, na quantidade de 836, o que no cálculo que apresenta zeraria a omissão apurada, diante do fato de que as caixas faltantes estariam estocadas em outro depósito da empresa autuada; que, igualmente estaria prejudicada a contagem relativa ao item charque bovina, diante do fato de tal produto não ter sido computado no estoque final elaborado pelo autuante;
- III. Quanto ao terceiro item da autuação, ataca ponto a ponto aqueles produtos cobrados na autuação, a saber:

- a) aduz que através de denúncia espontânea de débito tributário recolheu o ICMS devido pela aquisição de conjunto empacotadeira e enfardadeira Indumak tipo mm 1000, adquirida em 06/07/2005 através da Nota Fiscal nº 93.103 e de um secador de ar comprimido SDR 125ii e compressor SRP 3030 adquirido através da Nota Fiscal nº 526.155, datada de 23/05/2005, aquisições que, inclusive, já haviam sido objeto do Auto de Infração nº 110427.0028/06-9, julgado pela 2ª JJF através do Acórdão nº 0171-02/07;
- b) que relativamente às aquisições de dois semi-reboque BI trem Graneleiro modelo SR BT GR 02 26 6X 2 dianteiro, adquirido mediante Nota Fiscal nº 127.649 e o traseiro adquirido mediante Nota Fiscal nº 127.650, o ICMS encontra-se quitado desde 09 de janeiro de 2006, de acordo com cópia do DAE que apensa;
- c) quanto à esteira interligação 2600x390mm acobertada pela Nota Fiscal nº 95.675 de 24 de novembro de 2004, trata-se de mercadoria em demonstração, operação amparada por suspensão do ICMS, razão pela qual improcede a autuação;
- d) a aquisição da empacotadora automática Indumak DG 1000, por se tratar de máquina com tempo de uso superior a um ano, o responsável pelo pagamento da diferença do ICMS é o vendedor da mesma, portanto, insubsistente a autuação e indevida a cobrança em duplicidade do imposto, o qual já foi recolhido pelo primeiro proprietário, juntando nota fiscal ao processo como prova de tais alegações;
- e) idem relativamente ao conjunto de empacotadora e enfardadeira automáticos Indumak tipo mm200, além do que, diante do fato da nota fiscal ter sido emitida em 21 de novembro de 2002, o direito do Estado de constituir crédito tributário sobre o mesmo encontra-se prescrito;
- f) mesma argumentação foi utilizada para a aquisição de duas empacotadoras automáticas Indumak adquiridas de terceiros e usadas há mais de um ano, diante do fato de terem sido igualmente adquiridas no ano de 2002;
- g) quanto a empilhadeira Toyota Fab 2005, o autuado argumenta que a mesma foi adquirida de terceiro e já usada, o que a desonera da obrigação de recolher o ICMS, vez que caberia ao vendedor o ônus tributário.

Por tais razões, requer que seja o Auto de Infração julgado totalmente improcedente.

Informação fiscal prestada pelo autuante (fls. 286 a 289), analisa a defesa apresentada, acatando algumas das arguições postas, especialmente quanto ao terceiro item do Auto de Infração, e reduzindo o valor da exigência fiscal para R\$ 14.652,63, de acordo com a seguinte distribuição: Infração 1, mantidos os R\$ 690,00; Infração 2 mantém o valor originalmente lançado de R\$ 7.211,23 ao passo que na infração 3, reduz o valor lançado para R\$ 7.441,40 para o exercício de 2006.

Tais reduções decorrem das seguintes avaliações:

- I. que em relação ao item 1 da autuação, o autuado nada apresentou para elidir a imputação fiscal, diante dos relatórios de fls. 52 a 96 dos autos;
- II. que ao argumentar a falha na contagem com a não inclusão de produtos listados, o autuado comete um engano, pois, todas as suas dependências foram verificadas para elaboração do levantamento de estoque, razão pela qual mantém o lançamento na sua totalidade, relativa a tal item;
- III. quanto ao terceiro item da autuação, acata as alegações do autuado, mantendo apenas a autuação relativa ao item que foi recebido em demonstração, o qual, na forma do artigo 599 do RICMS/BA, havia extrapolado o prazo legal onde a operação encontrava-se ao amparo da suspensão do ICMS, bem como a imputação relativa à nota fiscal de aquisição da empilhadeira Toyota.

Finalmente, requer a manutenção parcial do lançamento, diante das alterações de valores realizadas, em virtude do acatamento de parte da argumentação do contribuinte autuado.

Distribuído para a 5ª Junta de Julgamento Fiscal, esta acompanhando o voto da ilustre Relatora Teresa Cristina Dias Carvalho deliberou pela Procedência em Parte do Auto de Infração ora em análise, de forma resumida, sob a seguinte sustentação:

“No mérito, na infração 1 está sendo exigido multa em decorrência de descumprimento de obrigação acessória, devido à falta de emissão de nota fiscal, correspondente às operações realizadas. Contudo, a multa da infração principal, absorve a multa por descumprimento de obrigação acessória, nos termos do art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96. Deste modo, não cabe a aplicação da multa apontada na infração 1.

Na infração 2, foi detectado a falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto.

O sujeito passivo efetuou e acompanhou a contagem de estoque, e durante a ação fiscal, inclusive assinou a Declaração de Estoque, documento que atesta a realização da contagem física do estoque, em 09/11/2007. Nesta declaração de Estoque não foi incluída a quantidade de charque bovino, logo por não fazer parte do levantamento fiscal, não foi objeto da contagem de estoque aberto, e deve ser excluída da autuação a cobrança do ICMS referente a este item, no valor de R\$1.734,85. (fl. 97).

A diferença de saídas, detectada de óleo de soja, caixa com 20 unidades, deve permanecer na autuação, cujo ICMS omitido perfaz o valor de R\$5.476,38, consoante levantamento de fl. 97.

Quanto à alegação de que houve erro na contagem inicial do estoque, o contribuinte não apresentou o livro Registro de inventário, documento de que tem posse, não podendo ser acatado este argumento.

Infração parcialmente mantida.

A infração 3 decorreu da falta de recolhimento do ICMS em razão da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. No demonstrativo que foi anexado na fl. 157, constam 10 itens de bens que não teriam sido pagos a diferença de alíquota.

O contribuinte, na peça defensiva, aponta a ocorrência de diversos equívocos, fatos que não justificariam a cobrança, no montante, em que lhe está sendo feito, e o autuante, ao analisar a impugnação reconheceu que as alegações procediam parcialmente, e manteve apenas a cobrança referente à empilhadeira marca Toyota, apontada no item 06 do demonstrativo de fl. 157.

Aduz, o autuante, que a empilhadeira marca Toyota fabricada em 2005 foi adquirida em 31/01/2006 por R\$74.414,00 por meio da Nota Fiscal nº 002511 da Toyota Industries Mercosur Ltda, em nome de pessoa física “Danilo de Andrade”, cujo endereço é o mesmo da empresa autuada. Mas a empresa não apresentou nenhum Contrato de Arrendamento ou Aluguel que autorizasse o uso do equipamento, ficando assim, provado que ele realmente pertence ao autuado. Assim, manteve a cobrança no valor de R\$ 7.441,40 relativo a este equipamento.

Contudo, não concordo com a conclusão a que chegou o autuante, pois não há comprovação de que o equipamento efetivamente pertence à empresa autuada. Consta nos autos a Nota Fiscal nº 002511, emitida em 31/01/2006, para o destinatário Danilo de Andrade, pessoa física, e este documento por si só não permite que se infira que o destinatário não seria o seu real proprietário.

Deste modo, a infração fica elidida.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Cientificado da Decisão, o autuado, em documento de fl. 307 informa que abre mão do Recurso Voluntário, por concordar com o julgamento, e que o valor julgado na primeira instância de R\$ 5.476,38 foi devidamente parcelado.

Requer, ainda, que seja negado provimento ao Recurso de Ofício interposto pela 5ª JJF, com a manutenção do Acórdão JJF Nº 0195-05/09 proferido por aquela Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO

O objeto do Recurso de Ofício ora apreciado é apreciar o Recurso Voluntário do julgamento realizado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, consubstanciada no Acórdão nº 0195-05/09, o qual reduziu a exigência fiscal de R\$ 71.093,11 para R\$ 5.476,38.

Quanto à primeira infração, a Lei nº 7.014/96, em seu artigo 42, § 5º, que:

“§ 5º - A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento

da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.”

Diante do fato de que a penalidade por descumprimento de obrigação acessória (falta de emissão de documento fiscal) ter sido cobrada como imposto por descumprimento de obrigação principal (ICMS decorrente de omissão de saídas de mercadorias apurado em levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto) no item 2 da autuação, não se verifica presente a hipótese legal prevista no dispositivo supramencionado, pelo fato de que a penalidade fixa cingir-se ao exercício de 2006, objeto de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias em exercício fechado, o qual resultou em constatação de omissão de saídas de mercadorias do item açúcar e omissão de entradas de mercadorias do item óleo de soja. Tendo em vista que o produto açúcar encontra-se amparado pela antecipação tributária, o que significa dizer que as saídas de mercadorias encontram-se desoneradas do débito do imposto, e que a omissão constatada em relação à mercadoria óleo de soja foi insignificante, o autuante optou pela cobrança de penalidade fixa. A nobre relatora, por ocasião do julgamento, não atentou para o fato de que trata-se de infração relativa ao exercício de 2006, ao passo que a infração 2 refere-se ao exercício de 2007, ou seja, refere-se a períodos e fatos geradores distintos, motivo pelo qual inaplicável a regra estatuída no artigo 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, devendo ser mantida a aplicação da penalidade.

Quanto ao item 2 do Auto de Infração, verifica-se, que no momento da contagem de estoque por parte do nobre autuante, as mercadorias arroladas no documento de fl. 9 foram açúcar cristal de diversas marcas e fornecedores, café moído e óleo de soja. Dessa forma, apenas e tão-somente tais produtos podem ser objeto de levantamento fiscal e, conseqüentemente, da cobrança por omissões acaso verificadas. Logo, ao emitir relatório de cálculo das omissões de fl. 52, o autuante listou como itens cuja omissão foi constatada óleo de soja, açúcar cristal e charque bovina. Diante do fato de que este último item não foi arrolado na contagem inicialmente feita, a eventual cobrança de diferença apurada tem que ser desconsiderada.

Relativamente à alegada diferença entre os estoques do item óleo de soja, não se encontra nos autos qualquer elemento de prova trazido pelo autuado que desconstitua a imposição fiscal, razão pela qual a acusação fica devidamente mantida no valor de R\$ 5.476,38, motivo pelo qual esposo o mesmo entendimento da Primeira Instância.

No tocante ao item 3 do Auto de Infração, o autuado trouxe ao processo elementos que desconstituíram em grande parte os valores a ela atribuídos como devidos. Analisaremos caso a caso;

O próprio autuante, na informação fiscal prestada às fls. 286 a 289 acatou as alegações do autuado, mantendo a acusação relativa à Nota Fiscal nº 095.675, vez que argumenta que a suspensão que amparou a operação original (remessa para demonstração), decaiu por não ter-se verificado nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 599, § 3º do RICMS, qual seja: não houve o retorno, ainda que simbólico, do bem ou da mercadoria ao estabelecimento de origem da mercadoria, o retorno no prazo regulamentar ou a transmissão de propriedade do bem ou mercadoria.

De relação à operação em tela, em função da impossibilidade de prorrogação do prazo previsto no mencionado dispositivo regulamentar, não mais se verificariam as condicionantes para a suspensão do imposto, passível, pois a sua cobrança, após decorridos dois anos da remessa.

No processo, não se verifica qualquer prova de que, efetivamente, foram atendidos os pressupostos do artigo supramencionado, ao contrário, não há qualquer prova de que houve recolhimento de tributo relativo a tal operação, apenas a argumentação do autuado de que a mesma é insubsistente, e a manutenção por parte do autuante da cobrança, embora na informação fiscal mencionada, tenha argumentado pela manutenção da acusação, mas não tenha computado o valor cobrado no novo demonstrativo elaborado, fato que passou despercebido pela ilustre relatora, por ocasião da elaboração do seu voto. Assim, deve ser lançado o valor de R\$ 509,12

contido no demonstrativo de fl. 157, relativo a tal operação, cuja suspensão não se verificou na plenitude, relativo à aquisição de esteira de interligação 2600x390mm, até por que o documento fiscal de fl. 176 tem no seu rodapé a observação explícita de que “*mercadoria que segue em demonstração devendo retornar em 20 dias*”, o que não se comprovou ao curso do processo.

Mantém o autuante como imputação, aquela relativa à empilhadeira Toyota adquirida em 31 de janeiro de 2006 através da Nota Fiscal nº 002.511, sob a argumentação de que o adquirente é pessoa física, com o mesmo endereço do autuado, e que não foram trazidas ao processo provas de que a mesma estivesse alugado ou arrendado a empresa, o que demonstra ser o autuado a sua verdadeira proprietária.

Quanto a tal fato, por ocasião de sua apreciação, a julgadora de 1ª Instância concluiu que faltavam elementos de prova para se inferir que o bem, de fato, pertenceria à autuada, razão pela qual excluiu tal imposição.

Com efeito, a simples alegação do Fisco de ser o autuado a real proprietária do bem, carece de qualquer prova que robustecesse a acusação imposta, mas uma simples suspeita, o que, entretanto, fornece apenas indicativos de possível manobra para fugir à tributação, mas sem qualquer amparo documental ou fático. Assim, entendo que a relatora agiu corretamente ao expurgar tal valor do Auto de Infração.

A propósito, pertinente reforçar o entendimento doutrinário acerca do fato de que o livre convencimento do órgão julgador deve ser motivado. Isso significa que as decisões devem ser racionais e controláveis, sendo possível conhecer os motivos que levaram o julgador a tomar tal ou qual Decisão e conhecer o valor atribuído a cada uma das provas produzidas no processo. Nesse sistema o julgador é livre para decidir segundo seu convencimento, mas não tem liberdade absoluta, devendo ater-se ao conjunto probatório posto nos autos. Daí decorre que o julgador não pode decidir exclusivamente com base no seu conhecimento pessoal e deve motivar a Decisão. A ciência privada do julgador, ou seja, o conjunto de conhecimentos que chegaram ao seu intelecto pelos mais diversos meios e que não constam dos autos processuais não pode fundamentar a Decisão. Ela deve sempre estar amparada nas provas constantes dos autos. O julgador deve-se vincular aos fatos alegados e provados, decidindo com base nas provas apresentadas no processo. Elas devem ser valoradas de acordo com a sua livre convicção. O livre convencimento deve ser motivado, pois o arbítrio não é admitido, exigindo-se razoabilidade. Se as provas forem consideradas insuficientes para formar a certeza subjetiva no espírito do julgador, devem ser determinadas as diligências probatórias complementares que ele entender necessárias, tudo de acordo com o princípio inquisitivo.

Conforme posto acima, sem dúvida a julgadora de 1ª Instância vinculou-se estritamente aos fatos alegados e provados, vez que a prova no processo Administrativo Fiscal é de fundamental importância e deve ser criteriosamente produzida pelo contribuinte. Através da mesma o julgador forma sua convicção a favor ou contra a empresa. “Quem alega e não prova não alegou”, alegação sem prova transforma-se em uma denúncia vazia.

Verifica-se, entretanto, fato que merece atenção na análise do processo: muito embora mantivesse a acusação do lançamento relativa a operação de “remessa para demonstração”, o autuante, por ocasião da informação fiscal não computou o valor relativo à nota fiscal, na elaboração de seu demonstrativo de fl. 289, na informação fiscal, fazendo apenas menção ao valor da operação de aquisição da empilhadeira Toyota, a qual resultaria em ICMS de R\$ 7.441,40.

No momento da elaboração de seu voto, a nobre relatora não verificou tal equívoco, o que prejudicou sobremaneira o processo, vez que o fato de não ter apreciado com mais vagar tal acusação contaminou o processo com vício que implica em nulidade do voto.

E assim resultou do restante da acusação fiscal constante do item 3 do Auto de Infração, o qual, discordando da nobre julgadora, há de ser considerado, ainda que parcialmente, no valor de R\$509,12.

Diante disso, verificado que a Decisão recorrida encontra-se prejudicada pela omissão verificada por ocasião da prolatação do voto, muito embora tal equívoco foi seguramente decorrente de um erro anteriormente cometido pelo autuante por ocasião da informação fiscal, onde rebate os pontos da defesa, mantém a acusação do item, mas não o incluiu nos valores do novo demonstrativo elaborado, e pelo fato de que não foi atendido completamente o preceito no artigo 153 do RPAF/99, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para considerar a Decisão recorrida NULA, devendo os autos retornar à 1ª Instância, para realização de novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentando e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 232943.0007/08-4, lavrado contra a empresa **CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo os autos retornar à 1ª Instância, para a realização de novo julgamento.

Sala de Sessões do CONSEF, 03 de novembro de 2009.

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS