

PROCESSO - A. I. 130070.0004/08-9
RECORRENTE - REAL BABY CONFECÇÕES LTDA. (SUPERMERCADO DO BEBÊ)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JFJ nº 0156-01/09
ORIGEM - INFAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 09/03/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0027-12/10

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Corrigidos erros do levantamento para aplicação da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa n.56/2007. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JFJ nº 0156-01/09, que julgou Procedente em Parte a infração 7, objeto de autuação, lavrada nos seguintes termos:

“Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, março a junho, outubro a dezembro de 2005, fevereiro e março de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.176,35, acrescido da multa de 70%.”

Em sede de impugnação, o autuado inicialmente afirmou que não iria discutir as infrações 1, 2, 3, 4, 5 e 6, não acatando, porém, a infração 7.

Alegou que a referida infração estava maculada de vício insanável, pelo fato de não ter o autuante observado o quanto determina a Instrução Normativa nº 56/07, cujo teor reproduziu.

Prosseguindo, disse que a base de cálculo da aludida infração estava errada, por não ter sido observado o tratamento tributário dado às mercadorias apontadas como omitidas na entrada. Acrescentou que o autuante não poderia alegar que não houve elementos suficientes para exclusão das parcelas isentas, não tributadas e outras, haja vista que as notas fiscais foram apresentadas pelo próprio autuante.

Afirmou que verificou, ainda, que as Notas Fiscais de nºs 001677, 001678 e 001679 se referem a compras de bens destinados ao ativo imobilizado, portanto, não haveria presunção de omissão de saídas pela falta de registro de entrada. Disse também que a Nota Fiscal nº 595887, lançada como não escriturada no mês de março de 2005, foi emitida em 22/03/2006, cabendo, portanto, a sua exclusão do citado mês de março de 2005.

Concluiu requerendo a nulidade do Auto de Infração, ou que fosse determinada a realização de diligência fiscal para correção do levantamento para a infração 7.

O autuante prestou informação fiscal contestando a nulidade arguindo que não se identificou qualquer vício que pudesse acarretar a inv

Disse que os casos que determinam a nulidade estão previstos no artigo 18 do RPAF/99, cujo teor transcreveu.

Adentrando no mérito, salientou que as infrações 1 a 6 não foram alvo de impugnação pelo autuado. Relativamente à infração 7, afirmou que é irrelevante se as mercadorias não registradas são destinadas à comercialização ou para integrar o ativo imobilizado, na correta interpretação do inciso IV, do §3º, do artigo 2º do RICMS/BA, que reproduziu.

Reportando-se à Nota Fiscal nº 585887, afirmou que, contrariamente ao quanto alegado pelo autuado, esta se encontra lançada na competência de março de 2006, conforme demonstrativo à fl. 156.

Teceu outras considerações sobre o comportamento do autuado e finalizou mantendo integralmente a autuação.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em Pauta Suplementar, converteu o processo em diligência à INFAZ/Alagoinhas (fl. 230), a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal, para apurar a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa nº 56/2007.

O autuante, cumprindo a diligência (fl. 232), elaborou novos demonstrativos (fls. 234 a 241) com observância da proporcionalidade.

O autuado se manifestou, afirmando que a informação fiscal explicitou ser de 49,78% o montante relativo a mercadorias isentas que saíram do estabelecimento no exercício de 2005 e de 58,47%, no exercício de 2006, porém, pelo relatório do próprio autuante, verifica-se que referidos percentuais foram arbitrados.

Alegou que, em nenhum momento, foi explicado quais mercadorias eram isentas, quando ingressaram no estabelecimento e quando supostamente saíram, e qual o valor da venda ou outra informação, tendo o autuante instituído percentuais e os mesmos foram abatidos da receita contábil integral.

Acrescentou que os cálculos, como apresentados, violam os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por não conferir ao contribuinte a exata dimensão do que lhe está sendo exigido. Teceu amplos comentários sobre os princípios, invocando o artigo 5º da Constituição Federal, ensinamentos de Plácido e Silva, Nelson Nery Júnior, Cintra, Grinover e Dinamarco.

Asseverou que, mantida a planilha apresentada sem a explicitação de quais mercadorias foram excluídas da base de cálculo por serem isentas, os princípios do contraditório e da ampla defesa estariam frontalmente violados, por serem tais informações de extrema e irrefutável validade para o exercício da ampla defesa.

Concluiu requerendo que o autuante refizesse a planilha apresentada, explicitando quais os produtos isentos foram excluídos da base de cálculo. Pugnou, ainda, que as intimações fossem feitas no endereço Av. Tancredo Neves, 1632, Edf. Salvador Trade Center, Torre Sul, sala 1612/1614-Salvador/BA.

Através do Acórdão JF nº 0156-01/09, decidiu a 1ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência em Parte da infração 7, sob o entendimento de que:

“(…)

A princípio, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquene de nulidade.

Certamente, a não observância pelo autuante da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributáveis normalmente e não tributáveis, conforme a Instrução Normativa n.56/2007, sendo possível corrigir a falha através de diligência, aliás, registre-se, Julgamento Fiscal, tendo o autuado tomado ciência do resultado tempestivamente. Não acolho, portanto, a nulidade argüida.

No que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações sejam feitas no endereço Av. Tancredo Neves, 1632, Edf. Salvador Trade Center, Torre Sul, sala 1612/1614-Salvador/BA, registro que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que na defesa inicial o autuado alega que as Notas Fiscais n.s 001677, 001678 e 001679, por se referirem à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado não há que se falar em presunção de omissão de saída pela falta de registro na entrada, 'pois não podem ser consideradas mercadorias com objeto de mercancia.'

Obviamente que labora em erro o autuado ao manifestar tal entendimento, haja vista que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido, estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Significa dizer que a exigência não diz respeito às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, mas a omissão de receita decorrentes de vendas, cujo valor foi utilizado para aquisição dos referidos bens.

Alega também o autuado que a Nota Fiscal n. 595887 foi lançada como omissão de entrada em março de 2005, contudo, a sua emissão ocorreu em 22/03/2006, devendo ser excluída do levantamento do mês de março de 2005. Constato assistir razão ao autuante quando diz que a citada nota fiscal se encontra lançada na competência de março de 2006, conforme demonstrativo à fl. 156. Convém ressaltar que, apesar de estar indicada no mês referido pelo autuado, não houve neste mês qualquer exigência de imposto.

Argumenta ainda o autuado a não observância pela Fiscalização da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa n. 56/2007, o que de fato restou comprovado no demonstrativo originalmente elaborado pelo autuante acostado aos autos.

No intuito de que fosse considerada a proporcionalidade, esta Junta de Julgamento, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ALAGOINHAS, tendo o autuante apurado a proporcionalidade e elaborado novos demonstrativos que foram entregues ao autuado.

Ocorre que, na manifestação apresentada após conhecer o resultado da diligência, o impugnante alega que a informação fiscal explicitou ser de 49,78% o montante relativos às mercadorias isentas que saíram do estabelecimento no exercício de 2005 e de 58,47% no exercício de 2006, contudo, pelo relatório do próprio autuante se verifica que referidos percentuais foram arbitrados. Argumenta, ainda, que em nenhum momento foi explicado quais mercadorias eram isentas, quando ingressaram no estabelecimento e quando supostamente saíram, e qual o valor da venda ou outra informação, tendo o autuante instituído percentuais e os mesmos foram abatidos da receita contábil integral.

Constato incorrer em equívoco o impugnante quando sustenta tais argumentos, haja vista que o autuante não arbitrou os percentuais apurados e apontados nos demonstrativos acostados aos autos, pois se utilizou de dados e informações prestadas pelo próprio contribuinte à SEFAZ/BA, através da DMA.

Na realidade, o percentual de 49,78%, apontado no exercício de 2005 pelo autuante está em conformidade com a declaração prestada pelo próprio contribuinte na DMA CONSOLIDADA referente a este exercício. Verifica-se que as vendas totais realizadas pelo autuado no exercício de 2005 foi de R\$ 284.560,32, sendo as saídas tributadas de R\$ 141.642,22, correspondendo; portanto, ao percentual de 49,78%. Também no exercício de 2006, o percentual de 58,47% está em conformidade com a declaração prestada pelo próprio contribuinte na DMA CONSOLIDADA referente a este exercício, pois, verifica-se que o valor total das vendas foi de R\$ 206.084,24, sendo as saídas tributadas declaradas de R\$ 120.489,49, correspondendo, portanto, ao percentual de 58,47%, conforme apontado pelo autuante.

*Assim sendo, considero parcialmente subsistente esta infração no valor de R\$ 6.720,73.
(...)"*

Inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, interpõe o autuado Recurso Voluntário, repisando o entendimento de que as Notas Fiscais n.ºs 001677, 001678 e 001679 se destinavam ao ativo imobilizado do mesmo, razão pela qual não há que se falar em omissão de saída pela falta de registro na entrada. Aduz que o ICMS alberga diferentes hipóteses de incidência, interessando, no particular, a incidência do imposto sobre operações mercantis, relativas à circulação de mercadorias, cuja regra matriz se encontra no art. 155, II, da Constituição Federal. Passa a conceituar mercadoria, invocando escólio de R afirmando que somente os bens adquiridos com o fito de serem destinados à venda, são considerados mercadorias, estas vendidas com o objeto

ICMS somente incidirá sobre os negócios jurídicos regidos pelo Direito Comercial, que acarretam circulação de mercadoria, ou seja, sobre o ato jurídico mercantil. Ressalta que, como as mercadorias constantes nas referidas Notas Fiscais não se destinavam à venda, não existe fato gerador do ICMS.

Por outro lado, prossegue, na hipótese de o recorrente ter descumprido uma obrigação acessória contábil, tal qual argumentou o relator do voto recorrido, deveria lhe ter sido aplicada uma multa por tal descumprimento, jamais tributar uma operação que não se constitui em fato gerador do tributo.

Ao final, requer a reforma da Decisão recorrida para que sejam excluídos da base de cálculo do imposto exigido na infração 7 os valores insertos nas Notas Fiscais nºs 00167, 00168 e 00169, uma vez que as mercadorias nelas explicitadas foram destinadas para o ativo imobilizado do recorrente, dando-se, desta forma, provimento ao Recurso Voluntário interposto.

A ilustre representante da PGE/PROFIS emite parecer conclusivo a respeito da matéria, através do qual, invocando as razões de decidir do julgador de *prime* grau, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

Reparo algum merece a Decisão de Primeira Instância.

Isso porque, como corretamente asseverado no Voto proferido, “a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido, estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96”.

Ora, a infração 7 não está exigindo imposto decorrente das aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, mas sim a omissão de receita que resulta das aludidas vendas, cujos valores, presume-se na lei, foram utilizados para a aquisição dos referidos bens.

Destarte, não havendo dúvida quanto à existência de fato imponible, haja vista os levantamentos fiscais constantes dos autos e a falta de prova capaz de elidir a presunção relativa à omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, voto no sentido de NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado, mantendo a Decisão recorrida em todos os seus termos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão de recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **130070.0004/08-9**, lavrado contra **REAL BABY CONFECÇÕES LTDA. (SUPERMERCADO DO BEBÊ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$31.372,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$7.832,29, 60% sobre R\$16.819,96 e 70% sobre R\$6.720,73, previstas no art. 42, incisos I, “a”, II, alíneas “b”, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2010.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVAL