

PROCESSO - A. I. Nº 207143.0005/08-3
RECORRENTE - SELLER ASSESSORIA E INFORMÁTICA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0079-05/09
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 06/04/2010

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0030-12/10

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Presunção não elidida com provas. Infração subsistente. Decisão recorrida mantida. Decretada, de ofício, a nulidade da infração. **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, cujo objetivo é reformar a Decisão proferida em primeiro grau, a qual julgou o Auto de Infração Parcialmente Procedente.

O presente levantamento de ofício foi lavrado acusando o recorrente de ter praticado três infrações contra a legislação do ICMS, sendo, apenas, objeto do presente Recurso Voluntário à infração nº 2, a qual imputa ao autuado a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Foi lançado um débito fiscal no valor histórico de R\$ 24.168,22, acrescido de multa no percentual de 70%.

Os julgadores de primeira instância administrativa ao analisarem os argumentos trazidos pelo autuado para justificar a inoccorrência da infração 2, proferiram o seguinte voto:

“...Analisando os autos, vejo que na Infração 2 relata-se que o contribuinte omitiu de sua escrituração, o registro de diversas notas fiscais de entradas de mercadorias tributáveis tendo, gerando assim, a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Tal ocorrência foi enquadrada na disposição do inciso IV do §3º do art. 2º do RICMS-BA. Este dispositivo legal diz que entradas de mercadorias ou bens não registradas autorizam a presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar. Logicamente, tal presunção, como está claramente disposta no §4º do art. 4º da Lei 7.014/96, refere-se a operações de vendas de mercadorias não registradas que geraram os Recursos financeiros para as aquisições não registradas, aquisições estas, de qualquer ordem, sejam destinadas ao comércio ou não, vez que não se está tributando a elas, mas sim as presumidas saídas de mercadorias tributáveis que, nesse caso, não foram elididas. Quanto à aquisição do veículo pela nota fiscal 53.863, vendo o demonstrativo de fl. 15, nota-se que a parte financiada não compõe a base de cálculo do imposto exigido na infração. Assim, não tem guarida o argumento sustentado pelo contribuinte para esta infração, vez que, como acima citado, a legislação autoriza para a situação em tela, exigência do imposto por presunção legal de omissão de receitas tributáveis pelo ICMS, e não aplicação da penalidade suscitada pelo autuado. Mantida o lançamento em sua totalidade. (...)”

Inconformado com a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário, argumentando, inicialmente, que o autuante incluiu na base de cálculo do ICMS os valores de todas as notas fiscais por eles apresentadas, inclusive aquelas referentes às mercadorias destinadas ao seu uso e consumo e ao ativo permanente da empresa, olvidando-se de verificar se a operação era, de fato, tributável pelo ICMS e se o recorrente efetivamente deu saída às referidas mercadorias.

Diante de tais fatos, ficou demonstrado que os valores lançados eram indevidos e que a omissão é improcedente, pois foram computados valores relativos à aquisição de bens destinados ao ativo permanente e mercadorias destinadas ao uso e consumo do es adquiridas para revenda.

Aduz o recorrente que foi incluído na base de cálculo do impos

valor financiado do automóvel Honda Civic, Nota Fiscal nº 53.863, no importe de R\$ 26.000,00, o qual foi adquirido como bem do ativo imobilizado. Desta forma, segundo o autuado, ficou demonstrada a fragilidade do lançamento. Diz, ainda, que, com a exclusão do referido valor, a base de cálculo do imposto na referida infração seria reduzida de R\$ 108.188,64, para R\$ 82.188,64. Alegou, ainda, que o referido bem sofreu a incidência do ICMS no momento da sua aquisição e somente sofrerá nova incidência no momento da sua saída, o que incorreu até a presente data. Assim, se não houve a circulação da mercadoria, não há que se falar em presunção de saída.

Sustentou que o mesmo entendimento referente à Nota Fiscal nº 53.863 é aplicado à aquisição da central telefônica, adquirida em 07/02/2007, através da Nota Fiscal nº 008613, que sequer houve manifestação por parte do relator do Acórdão recorrido.

Discorre acerca do princípio da não-cumulatividade do ICMS e assevera que o autuante desconsiderou a verdade dos fatos e arbitrou as bases de cálculo do imposto supostamente devido, uma vez que é impossível imaginar a saída de mercadorias destinadas ao ativo permanente e para o seu uso e consumo.

Argumenta que o CTN apenas autoriza o arbitramento quando há omissões ou atos de falsidade e desonestidades que tornem imprestáveis os documentos fiscais e as declarações do contribuinte o que não ocorre no presente caso.

Alega que não houve sonegação do registro de entrada de mercadorias tributáveis e postas à circulação e que a entrada de mercadorias de bens para o seu ativo fixo, implica na não-incidência e na impossibilidade de presunção de saídas de tais mercadorias, tendo em vista que as mesmas continuam no ativo permanente do recorrente e não circularam, ou seja, não houve fato gerador do ICMS.

Aduz que não se pode confundir o atraso na escrita e fraude de sonegação. Para sustentar a sua tese cita a Súmula nº 76 do Tribunal Federal de Recursos, que foi incorporada à Jurisprudência do STJ. Se houve atraso ou falha na contabilidade da empresa, como assumido na impugnação, deve-se aplicar tão-somente uma multa isolada, conforme disposição contida no art. 915 do RICMS. Assevera, ainda, que a autuação é ofensiva ao princípio da capacidade econômica, da não-cumulatividade, da legalidade e da proibição do excesso, haja vista a presunção de saídas de mercadorias que integraram ao ativo permanente do autuado.

À fl. 230, elenca diversas notas fiscais, aduzindo que no momento da saída das referidas mercadorias foram emitidas notas fiscais de saídas, oportunidade em que efetuou o recolhimento devido do ICMS, e que o Relator do voto guerreado não se manifestou acerca da exclusão dos referidos valores da autuação.

Quanto às saídas não comprovadas, alega que continua buscando o relatório específico do ECF, referente ao período fiscalizado para comprovar a saída das demais peças, bem como o recolhimento do imposto devido, demonstrando, assim, a sua completa regularidade fiscal, e permitindo a baixa dos valores devidos.

Por fim, requer a reforma parcial do Acórdão proferido pela JJF, para se declarar a improcedência da infração 2 e a consequente extinção do crédito tributário.

A PGE/PROFIS ao se manifestar acerca do Recurso Voluntário (fls. 237/238), por entender que se trata de matéria eminentemente técnica, sugere a realização de diligência fiscal, com o objetivo de se elucidar a cobrança indevida do imposto no tocante às Notas Fiscais nºs 53.863 e 008613 (bens adquiridos para o ativo imobilizado).

Posto o processo em pauta suplementar, os Julgadores da 2ª CJF, resolveram, à unanimidade, indeferir a diligência, por entenderem que não se trata de matéria eminentemente técnica, mas de matéria essencialmente jurídica, acerca da incidência ou não do ICMS nas saídas indicadas nas referidas notas fiscais.

Após o retorno dos autos à PGE/PROFIS, para emissão de Parecer

pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, destacando, inicialmente a legalidade do procedimento fiscal, e no mérito assevera que o sujeito passivo não colacionou aos autos provas que pudessem elidir a presunção legal que contra ele recaía, e que, de acordo com o art. 143 do RPAF a simples negativa do cometimento da infração não desonera o contribuinte de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal.

VOTO

Antes mesmo de se ingressar no mérito do Auto de Infração, imperiosa a análise dos requisitos previstos no art. 39 do RPAF, bem como a ocorrência de eventual nulidade, descritas no art. 18 do mesmo diploma legal.

No presente caso, restam patentes o equívoco e a insegurança do montante do débito indicado nas planilhas que fundamentam o lançamento fiscal, em relação à infração 2. Como é de sabença notória, o imposto deve ser calculado mês a mês, porém o autuante efetuou o lançamento anualmente. Tal equívoco, dentre outras implicações, contamina diretamente o cálculo dos acréscimos moratórios e demais encargos financeiros.

Outros equívocos que viciam o lançamento se tratam de: a) inclusão incorreta do valor efetivamente financiado do veículo assim como, não consideram as parcelas referentes aos pagamentos mensais do financiamento; b) inclusão da Nota Fiscal nº 432827 (fl. 25), a qual embora houvesse sido emitida em 22.12.2006, a sua data de vencimento é de 16.01.2007, porém o autuante lançou a referida nota como se o referido desembolso houvesse sido realizado na data de sua emissão.

O Art. 18, IV, do RPAF, é bastante claro em afirmar que é nulo o lançamento de ofício que não conter elementos suficientes para se determinar com segurança a infração e o infrator.

Assim, voto no sentido de declarar, de ofício, a NULIDADE da infração 2 do lançamento de ofício, e declarar PREJUDICADA a análise do Recurso Voluntário, remanescendo o débito no valor de R\$878,06.

Ressalvo que deverá ser renovada a ação fiscal, a salvo de falhas.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, decretar **NULO** o item 2 referente ao Auto de Infração nº 207143.0005/08-3, lavrado contra **SELLER ASSESSORIA E INFORMÁTICA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$878,06**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser renovada a ação fiscal, a salvo de falhas em relação ao item julgado nulo.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de março de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS