

PROCESSO - A. I. N° 087469.0013/06-4
RECORRENTE - J.R. ALIANÇA LTDA. (SUPERMERCADO ALIANÇA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5^a JJF n° 0090-05/07
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 22/04/2010

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0098-12/10

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O levantamento fiscal caracteriza falta de contabilização de entradas de mercadorias, fato do qual o contribuinte se defendeu, indicando que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovada a ilegitimidade de parte da presunção, com redução do débito. Refeita a apuração do imposto proporcionalmente às operações tributáveis realizadas no período. Não acolhida a preliminar de nulidade. Modificada a Decisão recorrida. Recurso PARCIALMENTE PROVÍDIO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5^a Junta de Julgamento Fiscal (5^a JJF) que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado para cobrar ICMS, no valor de R\$19.357,00, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de pagamentos não registrados.

O autuado apresentou defesa e, preliminarmente, suscitou a nulidade do lançamento sob a alegação de que o art. 21, § 2º, da Lei nº 7.014/96, “prescreve a necessidade de observância da proporcionalidade, quando não for possível discriminar todas as alíquotas a serem aplicadas sobre as bases de cálculos arbitradas”. No mérito, alegou que o autuante, indevidamente, incluiu no levantamento notas fiscais registradas, canceladas e atinentes a aquisições financiadas.

Na informação fiscal, o autuante afirmou que não havia razão para a nulidade do lançamento e, no mérito, reconheceu parcialmente a procedência das alegações defensivas.

Na Decisão recorrida, a preliminar de nulidade foi afastada sob o argumento de que “na situação presente o imposto não foi exigido por meio de arbitramento da base de cálculo, situação em que se aplica o dispositivo e diploma legal mencionado, e sim a título de presunção com base de cálculo apurada mediante levantamento fiscal”.

O ilustre relator explicou que no Auto de Infração consta a acusação de pagamentos não registrados, porém o demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 13 a 16) se refere a entradas de mercadorias ou bens não registrados. Dessa forma, foi retificado o enquadramento para o art. 2º, § 3º, inc. IV, do RICMS-BA.

No mérito, as alegações defensivas foram acolhidas parcialmente, tendo o relator explicado que a solicitação de apuração do imposto proporcionalmente às operações acolhida, pois a matéria ainda não estava pacificada neste CONSEF

tinha informado qual era o percentual das operações tributáveis. Ao final, o relator votou pela procedência parcial do Auto de Infração, no valor de R\$ 15.692,64.

Inconformado com a Decisão proferida pela 5^a JJF, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, em que alega que a Decisão recorrida merece ser reformada, conforme relatado a seguir.

Preliminarmente, o recorrente suscita a nulidade do Auto de Infração em virtude da desconsideração da proporcionalidade na mensuração das alíquotas. Após defender a tese de que não há diferença entre arbitramento e presunção, o recorrente frisa que, como no arbitramento faz jus ao benefício da proporcionalidade das alíquotas, não há razão para que o mesmo tratamento não lhe seja dado nos casos de presunção. Para embasar sua alegação, apresenta um demonstrativo com a quantificação dos percentuais de operações tributadas e não tributadas, bem como transcreve ementas de acórdãos deste CONSEF, que versam sobre a aplicação do critério da proporcionalidade na apuração de imposto.

No mérito, o recorrente alega que o Auto de Infração é insubstancial, pois as omissões no registro de notas fiscais não implicaram saldo credor de caixa. Para comprovar tal fato, o recorrente acostou ao processo uma cópia do seu livro Caixa ajustado com o lançamento das operações omitidas (fls. 500 a 596), o qual não indica a ocorrência de saldo credor.

O recorrente afirma que, caso o Auto de Infração não seja julgado improcedente, deverá ser reconhecido que a infração apurada foi uma mera inobservância de uma obrigação acessória, com multa prevista nos incisos IX e XI [do art. 42 da Lei nº 7.014/96], referentes a entradas no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação e não tributáveis sem registro na escrita fiscal. Salienta que essas infrações são as únicas que poderiam subsistir, uma vez que o fato de o saldo de caixa não se apresentar credor é prova em contrário da omissão de saídas. Diz que não pode o fisco subverter o enquadramento das infrações para tributar pelo meio mais gravoso.

Ao finalizar seu arrazoado, o recorrente solicita que o Auto de Infração seja julgado nulo ou improcedente, ou que alternativamente seja aplicada à proporcionalidade e o reenquadramento das penalidades para as previstas nos incisos IX e XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

Em Parecer às fls. 605 a 607, o ilustre representante da PGE/PROFIS, doutor Deraldo Dias de Moraes Neto, após historiar o processo, afirma que todos os argumentos recursais já foram analisados na Decisão de primeira instância, motivo pelo qual não têm o poder de modificar a Decisão recorrida. Opinou pelo não provimento do Recurso Voluntário.

O então relator do processo, Conselheiro Helcônio Almeida, converteu o PAF em diligência à ASTEC do CONSEF, para que o imposto devido fosse apurado mediante o critério da proporcionalidade, previsto na Instrução Normativa nº 56/07.

A diligência foi cumprida, conforme o Parecer ASTEC Nº 127/2008, acostado às fls. 612 a 614. Segundo o preposto da ASTEC, o valor do débito referente à Infração 01, que era de R\$ 19.357,00, após a aplicação do critério previsto na Instrução Normativa nº 56/07, passou para R\$ 11.853,12, conforme demonstrativos que apresentou às fls. 614 a 616.

À fl. 650v, foi lavrado “Termo de Desentranhamento”, referente às fls. 642 a 650 dos autos, as quais foram indevidamente juntadas ao presente processo, uma vez que se referiam ao PAF Nº 088502.0044/08-9.

Notificado acerca do resultado da diligência, o autuante mostrou-se de acordo com o trabalho realizado (fl. 651).

Às fls. 652 a 653, foi acostado ao processo Parecer da PGE/PROFIS, em que é feita alusão ao valor cobrado no Auto de Infração em epígrafe (R\$ 19.357,00), bem como ao débito apurado na diligência realizada pela ASTEC (R\$ 11.853,12). Em seguida, a ilustre Parecerista passa a abordar matéria referente ao PAF Nº 088502.0044/08-9, o qual foi desentranhad

Notificado do resultado da diligência (fls. 654 a 656), o recorrente afirma que a diligência efetuada pela ASTEC, de forma equivocada, apurou a proporcionalidade partindo do valor original do Auto de Infração (R\$ 19.357,00) quando deveria ter partido do valor que remanesceu após a Decisão de Primeira Instância (R\$ 15.692,94). Apresentou demonstrativo, no qual consta o valor devido de R\$ 9.539,73.

O processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF, para que o imposto fosse calculado com base no critério da IN 56/07, tomando por ponto de partida o valor que remanesceu após a Decisão recorrida.

A diligência foi atendida, conforme o Parecer ASTEC N° 140/2009 (fls. 667 a 669). Informou o diligenciador que, após recalcular o imposto devido com base na Instrução Normativa 56/07, o débito passou para R\$ 9.539,73, conforme demonstrativos às fls. 668 a 671.

O recorrente e o autuante foram notificados acerca do resultado da última diligência, porém não se pronunciaram.

Em Parecer à fl. 675v, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário, para julgar o Auto de Infração Procedente em Parte no valor de R\$ 9.539,73, conforme o resultado da última diligência.

VOTO

Afasto a preliminar de nulidade arguida pelo recorrente, pois a falta de observância do princípio da proporcionalidade não é razão para a nulidade do lançamento, uma vez que tal inobservância pode ser suprida mediante a realização de diligência, como ocorreu no presente caso.

Não há como prosperar a alegação recursal de que o imposto lançado no Auto de Infração em epígrafe tenha sido apurado mediante arbitramento de base de cálculo, uma vez que os demonstrativos que embasam o lançamento comprovam a inexistência desse procedimento, sendo relevante salientar que o arbitramento da base de cálculo e a presunção legal de realização de operações de saídas de mercadorias sem pagamento do imposto são matérias diversas, as quais não se confundem.

O recorrente alega que a falta de registro das notas fiscais não justifica a autuação, pois o lançamento de tais notas não acarretaria a existência de saldos credores na conta Caixa da empresa. Todavia, esse argumento não merece acolhimento, pois o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 não condiciona a presunção de saídas sem pagamento do imposto à ocorrência concomitante de entradas não registradas e de saldo credor de caixa. Havendo saldo credor de caixa ou entrada não registrada, está a fiscalização legalmente autorizada a presumir a ocorrência de saídas de mercadorias sem o pagamento do ICMS correspondente, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção.

Não há como atender o pleito recursal para que, em vez de cobrar imposto, sejam aplicadas as multas previstas nos incisos IX e XI do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. Para que fossem apenas aplicadas as referidas multas seria necessário que restasse comprovado que as aquisições foram devidamente lançadas na escrita contábil e não o foram na escrita fiscal, o que os elementos constantes nos autos não comprovam ter ocorrido no caso em tela. Ademais, o recorrente, na condição de empresa enquadrada no regime simplificado do SimBahia, estava desobrigado de manter escrituração contábil e do livro Registro de Entradas.

Pelo exposto, considero que o único reparo a ser feito na Decisão da primeira instância é quanto à apuração do ICMS devido mediante o critério previsto na Instrução Normativa nº 56/07.

Visando a calcular o imposto com a aplicação do critério previsto na Instrução Normativa nº 56/07, o processo foi convertido em diligência à ASTEC do CONSEF no valor de R\$ 9.539,73, tendo sido o recorrente e o autuante notificados, e, no entanto, não se pronunciaram. Dessa forma, acolh

efetuada pela ASTEC, o qual está de acordo com os documentos acostados ao processo, bem como não foi impugnado nem pelo recorrente e nem pelo autuante.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE, no valor de R\$ 9.539,73, de acordo o resultado da diligência efetuada pela ASTEC, à fl. 668, conforme abaixo, cuja a totalização foi retificada em virtude de erro de soma:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

| D. OCORRÊNCIA | D. VENCIMENTO | ICMS DEVIDO |
|---------------|---------------|-----------------|
| 31.01.2004 | 09.02.2004 | 232,33 |
| 28.02.2004 | 09.03.2004 | 66,69 |
| 31.03.2004 | 09.04.2004 | 668,92 |
| 30.04.2004 | 09.05.2004 | 257,18 |
| 31.05.2004 | 09.06.2004 | 604,22 |
| 30.06.2004 | 09.07.2004 | 447,86 |
| 31.07.2004 | 09.08.2004 | 102,01 |
| 31.08.2004 | 09.09.2004 | 1.499,21 |
| 30.09.2004 | 09.10.2004 | 191,42 |
| 31.10.2004 | 09.11.2004 | 249,57 |
| 30.11.2004 | 09.12.2004 | 633,93 |
| 31.12.2004 | 09.01.2005 | 828,93 |
| 31.01.2005 | 09.02.2005 | 637,30 |
| 28.02.2005 | 09.03.2005 | 137,49 |
| 31.03.2005 | 09.04.2005 | 501,94 |
| 30.04.2005 | 09.05.2005 | 212,51 |
| 31.05.2005 | 09.06.2005 | 331,82 |
| 30.06.2005 | 09.07.2005 | 117,28 |
| 31.07.2005 | 09.08.2005 | 218,62 |
| 31.08.2005 | 09.09.2005 | 208,52 |
| 30.09.2005 | 09.10.2005 | 436,55 |
| 31.10.2005 | 09.11.2005 | 287,61 |
| 30.11.2005 | 09.12.2005 | 161,04 |
| 31.12.2005 | 09.01.2006 | 506,78 |
| TOTAL | | 9.539,73 |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087469.0013/06-4, lavrado contra **J.R. ALIANÇA LTDA. (SUPERMERCADO ALIANÇA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.539,73**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de abril de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS