

PROCESSO - A. I. Nº 087469.0013/06-4
RECORRENTE - J.R. ALIANÇA LTDA. (SUPERMERCADO ALIANÇA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JF nº 0090-05/07
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 22/04/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 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 PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (5ª JF) 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 tributáveis não foi 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 5ª JF, 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 descon sideração 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 insubsistente, 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. Salieta 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 Nº 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 notifi

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