

A. I. N° - 232943.0007/08-4
AUTUADO - CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET 28.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0111-05/10

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração caracterizada conforme entendimento manifestado em julgamento de 2ª instância. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS EXISTENTES FISICAMENTE EM ESTOQUE. Neste caso é devido o imposto de responsabilidade direta do contribuinte, relativo à omissão de saídas. Contudo, foi detectado a cobrança de mercadoria que não fez parte da contagem física, devendo ser excluída. Infração parcialmente procedente, conforme decisão anterior, apreciada em Recurso de Ofício. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Permanece a exigência fiscal com relação a bem recebido para demonstração sem a comprovação do posterior retorno no prazo regulamentar. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 31/03/2008, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$71.093,11, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Deixou de emitir nota fiscal correspondente às operações realizadas. Exercício de 2006. Multa de R\$690,00.
2. 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. Período de 01/01/2007 a 09/11/2007. ICMS de R\$7.211,23 e multa de 70%.
3. Deixou de recolher ICMS decorrente 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. ICMS de R\$63.191,88 e multa de 60%.

O autuado, por meio de seu procurador, ingressa com defesa, fls. 239 a 244, na qual tece os seguintes argumentos:

Afirma que não deve prosperar a cobrança da multa fixa no vº infração 1, pela suposta falta de emissão da nota fiscal, uma vez houve emissão de saídas de mercadorias.

Aponta a existência de erros na infração 2, no levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em aberto, tendo em vista a falha na contagem inicial do estoque referente ao item “óleo de soja caixa com 20 unidades”. Também teria sido considerado o item “óleo de soja” sem distinção se o produto era óleo lata ou óleo pet. Outrossim, na contagem do estoque final, apenas foi considerado o óleo em lata, no total de 836 unidades, deixando de fora da contagem do óleo de soja pet, que estavam estocados, separadamente, em outro galpão.

Assevera que no item “Charque Bovino caixa”, onde equivocadamente o fiscal encontrou uma suposto omissão de saídas de 65 caixas, faltou ser computado o estoque final de exatas 65 caixas.

Afirma que não procede as alegações do auditor fiscal autuante, com relação à infração 3, ao tempo em que nomina a ocorrência de equívocos, tais como:

Referente à aquisição de conjunto empacotadora e enfardadeira automáticas, Indumak tipo MM 1000 nº 83390 série 0505, e tipo EF30 nº 83391 série 0505, no valor de R\$127.450,98 conforme Nota Fiscal de Entrada nº 93103, datada de 06/07/05 e da Nota Fiscal nº 526155 datada de 23/05/05 no valor de R\$27.111,60, referente à aquisição de um secador de ar comprimido Mod SDR 125II e compressor SRP3030, foi devidamente lançado e pago o ICMS.

Aduz que as Notas Fiscais nºs 93103 e 526155, já foram objeto de Auto de Infração nº 110427.0028/06-9, onde o próprio autuante, depois de examinar a documentação, concordou com a insubsistência da autuação.

Diz que os dois semi-reboque BI Trem Graneleiro, mod SR BT GR02 26 6X Dianteiro, conforme Nota Fiscal nº 127649 datada de 24/11/2005, no valor de R\$51.040,00 e o Traseiro, conforme Nota Fiscal nº 127650, datada em 24/11/05, no valor de R\$41.760,00, encontram-se lançadas e com o ICMS devidamente quitado, conforme DAE, quitado em 09/01/06, no valor de R\$9.297,54.

Afirma que referente à esteira interligação 2600 x 390mm, no valor de R\$5.091,16, conforme Parecer, trata-se de mercadoria para demonstração, portanto com suspensão de ICMS, nos termos da legislação em vigor.

Quanto ao item 1 do Demonstrativo das aquisições para o Ativo Imobilizado – Empacotadora Automática Indumak, tipo DG 1000 n. 82271, trata-se de máquina usada, a mais de um ano, adquirida de Josenildo dos Santos Mendes, que foi o responsável pelo recolhimento da diferença de ICMS, conforme cópia da nota fiscal juntada ao PAF.

Quanto ao item 2 – Conjunto de Empacotadora e enfardadeira automáticas indumak, afirma trata-se de equipamentos usados, que foi adquirido de terceiros, nas mãos da Casa do Açúcar Emp. Alim. Ltda, que é o responsável pelo recolhimento da diferença de ICMS. Ademais, a nota fiscal foi emitida em 21/11/2002, portanto prescrito o direito de o Estado realizar o lançamento do crédito tributário. Argui que dessa forma insubsiste a autuação e é indevida a cobrança do ICMS.

Que o item 4 e 5 refere-se a duas empacotadoras automáticas Indumak tipo mm 1000 n. 81979 e a outra n. 1829, ambas adquiridas de terceiros e usadas a mais de um ano, conforme notas fiscais. Assim, insubsiste a autuação, além de que as notas fiscais foram emitidas em 2002, portanto prescrito o direito do Estado para realizar o lançamento do crédito tributário com o fim de cobrança do ICMS.

Quanto ao item 6 – Empilhadeira Toyota Fab 2005 Chassi n. 407FGE2529951, adquirida de terceiros e usada a mais de um ano. Alega ser indevida a cobrança uma vez que já foi recolhido pelo primeiro adquirente, conforme cópia da nota fiscal anexada.

Requer que seja julgado totalmente improcedente a ação.

O autuante presta informação fiscal, fls. 286 a 289, nos seguintes termos:

Lembra que a simples negativa do cometimento da infração não elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Que o autuado não apresentou nenhum documento que comprovasse que não houve omissão de saídas de mercadorias, e os relatórios de fls. 52 a 96, refletem a sua movimentação de estoque fechado no período de 01/01/2006 a 31/12/2006 e apontam claramente a existência de omissão.

Afirma que o autuado se enganou ao afirmar que houve falha na contagem do produto óleo de soja pet, já que todas as dependências da empresa foram verificadas, inclusive escritórios e área de beneficiamento de grãos. Que o óleo de soja objeto da autuação é o “Óleo de soja Liza” fabricado em 31/10/2007 e 01/11/2007 acondicionado em caixa com 20 garrafas pet. Que não existia em nenhum local da empresa óleo de soja acondicionado em latas.

Reafirma que verificou todas as dependências da empresa e que não se confirma a alegação do autuado de que existiam exatos 65 caixas de charque bovina.

Quanto à infração 3, acata os argumentos do contribuinte com exceção dos seguintes itens:

A esteira interligação 2600 x 390 mm, afirma que o contribuinte apresenta a Nota Fiscal de nº 95675, de 21/09/2005 os questiona o fato de ser “demonstração” e persistir por mais de 2 anos (21/09/2005 a 09/11/2007).

A empilhadeira marca Toyota fabricada em 2005 foi adquirida em 31/001/2006 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.

Mantém a cobrança do imposto nestes dois itens e após as correções efetuadas, o auto fica da seguinte forma:

INFRAÇÃO 1 – 16.03.07

D. OCORR	DATA VCTO.	B. DE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA FIXA	VL. HISTÓRICO	VL. REAL
31/12/2006	31/12/2006	0,00	0,00	690,00	690,00	690,00

INFRAÇÃO 2 – 04.06.01

D. OCORR	DATA VCTO.	B. DE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA %	VL. HISTÓRICO	VL. REAL
09/11/2007	09/11/2007	42.419,00	17,00	70,00	7.211,23	7.211,23

INFRAÇÃO 3 – 06.01.01

D. OCORR	DATA VCTO.	B. DE CÁLCULO	ALIQ. %	MULTA %	VL. HISTÓRICO	VL. REAL
31/01/2006	09/02/2006	43.772,94	17,00	60,00	7.441,40	7.441,40

Em 16 de julho de 2009 a 5ª JJF julgou Procedente em Parte o Auto de Infração, por meio do Acórdão JJF nº 0195-05/09, fls. 290 a 294, restando descaracterizada a infração 1, parcialmente procedente a infração 2 e elidida a infração 3.

O sujeito passivo ao ser cientificado da decisão da JJF, ingressou com petição na Inspetoria Fazendária, onde informa que desistiu do Recurso Voluntário a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, ao tempo em que pede que seja mantida a decisão manifesta no Acórdão JJF 0195-05/09, e negado provimento ao Recurso de Ofício da Junta e consequente arquivamento do Auto de Infração, uma vez que o imposto no valor de R\$ 5.476,38 foi devidamente parcelado.

Em sede de Recurso de Ofício a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão CJF nº 0314-11/09, (fls. 318 a 323), decidiu pela nulidade da decisão de 1ª Instância, por falta de análise de aspecto relevante da acusação por parte do julgador de Primeira Instância, ao tempo em que o processo foi devolvido à JJF para proferir nova decisão.

Da análise do Acórdão acima mencionado, foi modificada a decisão da infração 1, no sentido de manter a aplicação da penalidade, posto que trata-se de infração relativa ao exercício de 2006, e não tem qualquer ligação com a infração 2, referente ao período de novembro de 2007.

O resultado do julgamento da infração 2, pela procedência parcial, no valor de R\$ 5.476,38, foi mantido pela CJF.

Quanto à infração 3, esta foi objeto de modificação pela CJF, e objetivou o retorno dos autos à 1ª Instância para nova decisão, conforme voto prolatado que segue de forma parcial abaixo:

“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.”

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 prolação do voto, muito embora tal equívoco foi seg anteriormente cometido pelo autuante por ocasião da informação fiscal, mantém a acusação do item, mas não o incluiu nos valores do novo dem. que não foi atendido completamente o preceito no artigo 153 do RPA

Recurso de Ofício, para considerar a Decisão recorrida NULA, devendo os autos retornar à 1ª Instância, para realização de novo julgamento.”

O sujeito passivo e o autuante foram devidamente cientificados da decisão da 1ª CJF, conforme AR de fl. 330, e documento de fl. 333.

Consta extrato do SIGAT, fls. 331 e 334, parcelamento de débito.

VOTO

O presente processo administrativo fiscal, retorna a esta JJF, pois em sede de Recurso de Ofício, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão CJF nº 0314-11/09, decidiu pela nulidade da Decisão de 1ª Instância, por falta de análise de aspecto relevante da acusação por parte do julgador.

Embora esta tenha sido a decisão da Colenda 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, registro que foram analisadas as infrações 1 e 2, quando o nobre Relator ao apreciar o mérito modificou a infração 1 e manteve a decisão de 1ª Instância, referente à infração 2. Apenas a decisão da infração 3 foi anulada, por falta de apreciação, por parte desta Relatora, de fato constante nos autos, o que implicou em lacuna de aspecto relevante no julgamento, segundo o entendimento manifestado pelos julgadores de 2ª Instância administrativa.

Assim, a infração 1 foi reformada no sentido de que deve ser mantida pois no julgamento de 1ª Instância esta Relatora não atentou para o fato de que a infração refere-se ao exercício de 2006, e a infração 2, ao exercício de 2007, logo períodos e fatos geradores distintos, motivo pelo qual inaplicável a regra estatuída no art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96. Logo, a 1ª Câmara de Julgamento Fiscal manteve a aplicação da penalidade, e no mérito modificou a decisão recorrida.

Do mesmo modo, a infração 2 foi analisada pela 2ª Instância, em sede de Recurso de Ofício, mas a decisão prolatada no Acórdão nº 0195-05/09, da 5ª JJF, foi mantida, quando da análise do mérito da infração, que restou parcialmente procedente no valor de R\$ 5.476,38, quando foi esposado o mesmo entendimento da Primeira Instância.

Mesma sorte não teve a infração 3, que retornou a esta instância para a devida apreciação, em função da declaração de sua nulidade, vez que pelo fato de o autuante na informação fiscal, embora tivesse mantido a acusação do item relativo à Nota Fiscal nº 095675 de 21/09/2005, no valor de R\$ 5.091,16, por equívoco, o suprimiu no demonstrativo de débito, fato que alcança o valor do ICMS de R\$ 509,12. Este erro por parte do autuante levou à equívoco no julgamento, pois em consequência, também não foi observado por esta Relatora quando da elaboração do seu voto. Em vista deste fato, a decisão foi anulada, com o posterior retorno dos autos para a 1ª Instância, pelo que passo a apreciar o mérito da infração, como segue.

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 Alienação de equipamento, ficando assim, provado que ele realmente pertence à empresa e 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.

Outrossim, também está sendo exigido o ICMS referente à Nota Fiscal nº 095675, de 21/09/2005, do bem *“esteira interligação 2600 x 390 mm, no valor de R\$ 5.091,16, que o autuado em sua peça de defesa alega que trata-se de bem recebido para demonstração, com suspensão de ICMS”*. Ocorre que o RICMS condiciona o prazo de 60 dias para que as mercadorias retornem ao estabelecimento de origem, contados da data da saída, e o não retorno no prazo regulamentar implica no encerramento da fase de suspensão da incidência do imposto, art. 599, § 2º do RICMS/97. O sujeito passivo não trouxe a comprovação de que o bem teria retornado à origem no prazo regulamentar. Fica portanto parcialmente mantida a exigência fiscal.

Infração parcialmente mantida no valor de R\$ 509,12, com data de ocorrência de 30/09/2005.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo serem homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.0007/08-4**, lavrado contra **CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.985,50**, acrescido das multas de 70% sobre o valor de R\$5.476,38 e 60% sobre R\$509,12 previstas no art. 42, III, II, “f”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$690,00**, prevista no art. 42, inciso XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, devendo serem homologados os valores recolhidos.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR