

PROCESSO - A. I. Nº 206921.0004/06-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - PAPELCIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 3ª JJF nº 0046-03/10
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 02/03/2011

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0015-12/11

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Neste caso, aplica-se a presunção legal de que a falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, de acordo com a documentação apresentada pelo autuado, o imposto exigido ficou reduzido. **2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO. SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS.** A diferença das quantidades de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão de documentos fiscais. Refeitos os cálculos, o imposto apurado ficou reduzido. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. NULIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA.** Ficou caracterizada a impossibilidade de exigência do imposto do destinatário das mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. Deveria recair sobre o remetente das mercadorias, a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, em virtude de Protocolo. Infração nula. A Decisão prolatada se apresenta correta, devendo ser mantida em sua inteireza. **Recurso NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela Junta de Julgamento Fiscal contra o julgamento do Auto de Infração lavrado em 28 de junho de 2006, o qual exige ICMS, bem como aplica multa no valor de R\$75.955,10, acrescido da multas de 60% e 70%, decorrentes da constatação das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, referentes a notas fiscais resgatadas no sistema CFAMT, tendo o autuante informado que as mesmas não foram incluídas no levantamento quantitativo, por que seus itens não constam dentre os que foram selecionados na amostra, com imposto devido no valor de R\$57.513,50, multa de 70%.
2. Entrada de mercadorias não tributadas no estabelecimento, sem o devido registro na escrita fiscal, referente a notas fiscais resgatadas no CFAMT, com aplicação de penalidade no

percentual de 1% sobre o valor total das entradas, totalizando R\$15,14, conforme planilha anexa ao Auto de Infração.

3. Falta de recolhimento do ICMS relativo à diferença entre as alíquotas internas e as alíquotas interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da Federação e destinadas ao consumo do estabelecimento, relativa a notas fiscais resgatadas do sistema CFAMT, com ICMS no valor de R\$120,20, além de multa de 60%, fato ocorrido no mês de dezembro de 2001.
4. Falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de entrada de mercadorias em valor inferior ao das saídas efetivas omitidas apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado, tomando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário - o das saídas tributadas, sendo o imposto cobrado no valor de R\$17.303,84, além da multa de 70%, fato verificado nos exercícios de 2004 e 2005.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, referentes a notas fiscais resgatadas no sistema CFAMT.

A Decisão recorrida, consubstanciada no Acórdão JF 0046-03/10 (fls. 680 a 688), baseou-se nos seguintes fatos, para embasar a Decisão proferida, especialmente em relação às infrações 1, 4 e 5:

“O primeiro item do Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas.

De acordo com o § 3º do art. 2º do RICMS/97, presume-se a 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 saldo credor de caixa, suprimento a caixa de origem não comprovada, manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, entradas de mercadorias ou bens não registradas, pagamentos não registrados, valores de vendas inferiores aos informados por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito.

Em sua impugnação, o autuado alegou que identificou várias notas fiscais que não se encontravam no PAF, sendo indevida a exigência do imposto, conforme decisões que transcreveu. Em relação aos documentos listados nos demonstrativos que elaborou, o defendente disse que foram os mesmos lançados no Registro de Entradas do estabelecimento autuado, por equívoco, em outro estabelecimento da mesma empresa.

Na informação fiscal prestada à fl. 615, o autuante informou que de acordo com os documentos fiscais apresentados, constatou que diversas notas fiscais, comprovadamente, foram escrituradas no livro Registro de Entradas, por isso, foram excluídas do levantamento fiscal, mantendo a cobrança do imposto apenas em relação aos documentos fiscais remanescentes, restando assim, R\$15.553,22 de ICMS a recolher, valor que foi acatado pelo defendente, conforme requerimento para pagamento do débito e demonstrativo (fls. 630/631) além da manifestação à fl. 635. Portanto, após a revisão efetuada pelo autuante não existe controvérsias, tendo sido acatados os novos cálculos efetuados às fls. 616 a 620 do PAF. Infração subsistente em parte.

De acordo com as razões de defesa, o autuado não impugnou a infração 02 e embora tenha impugnado a infração 03, efetuou o recolhimento do imposto apurado, conforme documento de fls. 630/631 e respectivo DAE à fl. 636 do PAF. Assim, considero procedentes os referidos itens, haja vista que não existe controvérsia.

Infração 04: Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2004 e 2005.

Considerando os equívocos apontados pelo defendente, o autuante, na informação fiscal à fl.664/665, diz que procedeu à revisão fiscal da Auditoria de Estoques, apresentando as seguintes conclusões:

1. *Quanto ao exercício de 2004 informou que foi verificada em algumas quantidades da amostra a supressão das omissões encontradas, exceto do item “PA LIXO PEQ P/ VASS ARISTON”, remanescendo uma omissão de entradas, cuja base de cálculo é R\$11,70 e o ICMS de R\$1,99.*

2. Em relação a 2005, diz que, com a inclusão no levantamento fiscal das quantidades existentes nos documentos fiscais mencionados pela defesa, a maioria das omissões foi suprimida, restando a omissão de entradas dos itens “ESCOVA ROUPA ARISTON” e “ESPANADOR TETO”, cuja base de cálculo é de R\$13.121,58 e o ICMS de R\$2.230,67. Quanto aos estoques inicial e final não considerado, informa que procede a alegação defensiva quanto ao estoque inicial do item “RODO PLAST 44”. Quanto à possível existência de inventário final para os itens “CABO PLAST 1.2M ARISTON”, “ESCOVA PRATO OTTONE ARIS” e “CABO MAD 1.3M ARISTON”, diz que não prospera a alegação do autuado porque só poderia haver saldo de estoque quando do encerramento de uma atividade mercantil com o pagamento do imposto devido em valor equivalente ao da omissão de saídas. Assim, a base de cálculo referente a estes produtos, fica alterada para R\$4.059,26 e o ICMS de R\$690,07.
3. Conclui informando que o imposto relativo à infração 04 sofreu uma redução de R\$9.479,95 para R\$1,99 (exercício de 2004) e de R\$7.823,89 para R\$2.230,67 (exercício de 2005), cuja omissão de entradas é superior à omissão de saídas de R\$690,07.

Observe que intimado da informação fiscal, o autuado não apresentou qualquer elemento novo após a revisão efetuada pelo autuante, haja vista que, tendo sido reaberto o prazo para a sua manifestação, o defendente apenas informou que reitera os termos da defesa e demais manifestações.

Acato as conclusões apresentadas pelo autuante, tendo em vista que após a revisão efetuada, em relação ao exercício de 2004, ficou apurado o imposto no valor de R\$1,99, conforme demonstrativo à fl. 292 e 293.

Quanto ao exercício de 2005, depois de realizada a revisão pelo autuante ficou caracterizada à fl. 383 omissão de entradas no valor de R\$13.121,58 e omissão de saídas no valor de R\$4.059,26. Portanto, constatando-se omissão de entradas em valor superior à omissão de saídas de mercadorias tributáveis mediante levantamento quantitativo de estoque, nesse caso, a tributação deve recair sobre a diferença das entradas, com base na previsão legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem o pagamento do imposto, conforme art. 13, inciso II, da Portaria 445/98.

Assim, considerando a apuração da revisão efetuada, fica alterado o imposto exigido nesta infração 04 para R\$1,99 (exercício de 2004 – fl. 292) e R\$2.230,67 (exercício de 2005 – fl. 383). Infração subsistente em parte, no valor total de R\$2.232,66.

Infração 05: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97. Notas Fiscais resgatadas no CFAMT, meses de outubro de 2001; março, maio e julho de 2002. Demonstrativos às fls. 190 a 193

O autuado alega que o cálculo do imposto exigido foi levado a efeito de forma equivocada, tendo em vista que não levou em conta os lançamentos efetuados nos livros fiscais e usou a MVA de 40%, quando o correto para CD é de 25%. Diz que elaborou a planilha que anexou ao PAF, com os cálculos corretos, juntando também, as cópias das notas fiscais e do livro Registro de Entradas. Reconhece que neste item da autuação fiscal resta apenas uma diferença de R\$31,78.

Na informação fiscal prestada às fls. 640/641, o autuante diz que, das quatro notas fiscais em que procedeu à cobrança do ICMS, apenas a de nº 1065, datada de 03/03/02, foi comprovadamente escriturada, sendo consequentemente excluída. Em relação ao questionamento do autuado referente à MVA utilizada, de 40%, para CD, diz que assiste razão ao defendente somente em maio e julho de 2002, ficando reduzido o imposto apurado nestes meses de R\$112,89 e R\$534,10, respectivamente, para R\$101,10 e R\$477,18, conforme novas planilhas que elaborou. Informa, ainda, que o valor inicialmente reclamado nesta infração (R\$1.002,42) ficou alterado para R\$859,16.

De acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 190 a 193 dos autos foi exigido o imposto por antecipação tributária sobre as mercadorias: pilhas, fitas e CD. Estas mercadorias estão inseridas no regime de substituição tributária por meio de Protocolos, sendo DISCOS E FITAS, PROTOCOLOS ICMS 19/85 e 18/97. PILHAS - PROTOCOLO ICMS 17/97, constando nas notas fiscais acostadas aos autos pelo defendente o valor do ICMS substituição tributária (fls. 595 a 602 do PAF).

Observe que embora o autuado não tenha alegado nas razões de defesa está caracterizado que houve aquisição das mercadorias enquadradas na Substituição Tributária, inexistindo previsão legal de exigência do imposto do destinatário, exceto nos casos previstos no § 1º do art. 125 do RICMS/97:

§ 1º Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal

Vale salientar, que conforme o inciso I do mencionado parágrafo, somente deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente pelo Auditor Fiscal. Portanto, no caso em exame, o autuado não pode figurar no pólo passivo do presente Auto de Infração, por isso, entendo que é nula a exigência fiscal, consoante o disposto no art. 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração”

Diante de tal Decisão, nos termos do artigo 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99 a Junta de Julgamento Fiscal interpôs o Recurso de Ofício.

Documento de fl. 699, protocolado em 29 de maio de 2010, solicita pagamento parcial do Auto de Infração, baseando-se no valor julgado pela Junta de Julgamento Fiscal, de acordo com relatório constante às fls. 702 e 703.

VOTO

São objeto do Recurso de Ofício as infrações 1, 4 e 5. Na primeira infração, temos a exigência de ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas, fruto de coleta no sistema CFAMT.

Trata-se de cobrança por presunção relativa, a qual pode ser contradita pelo sujeito passivo, mediante a apresentação de elementos que a desconstitua, o que foi feito quando da apresentação de defesa, tendo, na sua informação fiscal, o autuante reconhecido equívoco cometido, e reduzido o valor do item, àqueles indicados no voto prolatado pelo julgador de primeiro grau, valor que o próprio sujeito passivo aceitou, tanto que recolheu o montante indicado pelo autuante à fl. 615, deixando, pois, de existir a lide, relativamente a tal item. Dessa forma, a Decisão não merece qualquer reparo.

Quanto à infração 4, que vem a ser a falta de recolhimento do imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem emissão de documentos fiscais apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, levando-se em conta para o cálculo do imposto o maior valor monetário, o das saídas tributáveis, nos exercícios de 2004 e 2005, igualmente o sujeito passivo trouxe elementos na sua defesa, que foram devidamente apreciados pelo autuante na informação fiscal, o que motivou revisão dos levantamentos por ele realizados, culminando com a redução dos valores devidos nos dois exercícios, sendo apurado débito de R\$1,99 no exercício de 2004 e de R\$2.230,67, cuja omissão de entradas se apresentou superior à omissão de saídas de R\$690,07 no exercício de 2005, (fls. 292 e 383). Tendo o autuado sido devidamente cientificado e não contestando tais valores, o julgador de primeiro grau manteve a autuação nos valores indicados após tal revisão efetivada pelo autuante.

No tocante à infração 5, que vem a ser a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, tendo sido as Notas Fiscais resgatadas no CFAMT, de acordo com o demonstrativo de fls. 190 a 193. O julgador, entendendo que tais mercadorias objeto da autuação (pilhas, fitas e CDs) encontram-se enquadradas na substituição tributária, por força de Protocolos, sendo os discos e fitas aparados pelos PROTOCOLO ICM 19/85 e ICMS 18/97, e as pilhas pelo PROTOCOLO ICMS 17/97, inexistiria previsão legal de exigência do imposto do destinatário, exceto nos casos previstos no § 1º do art. 125 do RICMS/97, com previsão de cobrança de forma espontânea do imposto ao destinatário, através de emissão de Notificação Fiscal, razão pela qual entende que o lançamento à luz do artigo art. 18, inciso IV, alínea “b”, do RPAF/99 deva ser julgado nulo. Comprovado que os produtos encontram-se sujeitos à substituição tributária, e que a condição prevista no artigo 125 do Regulamento do ICMS não foi atendida, o item é nulo, e correta é a posição do julgador de primeira instância.

Dessa forma, o Recurso de Ofício NÃO DEVE SER PROVIDO, mantendo-se a Decisão prolatada, devendo ser homologados os valores recolhidos pela empresa.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206921.0004/06-0**, lavrado contra **PAPELCIA COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$17.906,08**, acrescido das multas de 60% sobre R\$120,20 e 70% sobre R\$17.785,88, previstas no art. 42, incisos II, “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$15,14**, prevista no art. 42, inciso XI da mesma lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2011.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR –REPR. DA PGE/PROFIS