

PROCESSO - A. I. Nº 232943.0007/08-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 5ª JJF nº 0111-05/10
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 29/07/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-11/11

EMENTA: ICMS. 1. 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 detectada a cobrança de uma das mercadorias consideradas no lançamento que não fez parte da contagem física, devendo ser excluída. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO. Permanece a exigência fiscal com relação à bem recebido para demonstração sem a comprovação do posterior retorno no prazo regulamentar. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0111-05/10), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foi imputado ao sujeito passivo o cometimento de três (03) ilícitos tributários, a saber:

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%.

A Junta de Julgamento Fiscal, na Decisão submetida à revisão desta Câmara, rejeitou a preliminar de nulidade suscitada na defesa, por não vislumbrar a existência de quaisquer dos vícios gizados no art. 18, do RAPF.

No mérito, assim dirimiui a lide administrativa posta à sua apreciação:

"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 Aluguel que autorizasse o uso do equipamento, ficando assim, provado que ele realmente pertence ao autuado. Assim, manteve 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 ser homologados os valores recolhidos”.

Em atendimento ao art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, a 5ª JJF do CONSEF recorreu de Ofício a esta CJF.

Intimado da Decisão proferida pela JJF, o sujeito passivo apresentou a petição de fls. 351/355, intitulada ***“Contra-Razões ao Recurso de Ofício”***, onde diz que ***“acata a Decisão”*** e que complementa o pagamento anteriormente realizado, com a finalidade de pôr fim ao processo administrativo fiscal.

Às fls. 363/364, a PGE/PROFIS manifesta-se pelo improvimento do “Recurso Voluntário”, ao argumento de que o sujeito passivo ***“não faz qualquer menção ao valor de R\$502,19 referente à Nota Fiscal nº 095.675 reincluída na autuação pela Primeira Instância, com o novo julgamento. Esse seria o único ponto a ser enfrentado no Recurso Voluntário, já que houve***

pagamento do valor remanescente da infração 02 e reconhecimento expresso da multa relativa à infração 01".

VOTO

Inicialmente, deixo de receber como Recurso Voluntário à petição de fls. 351/355, do sujeito passivo, pois, como consta do relatório, nela o autuado diz expressamente que acata a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal, inclusive no que concerne à manutenção da multa imposta na infração 1, do presente lançamento de ofício, que havia sido excluída no primeiro julgamento proferido pela primeira instância, posteriormente anulado por esta CJF.

Ademais, o contribuinte não impugna a manutenção do imposto relativo à Nota Fiscal nº 095.675 (diferença de alíquota de mercadoria recebida com suspensão sem retorno posterior) e, como bem salientou a PGE/PROFIS, essa questão e a multa da infração 1 seriam os dois únicos pontos contra os quais o sujeito passivo poderia se insurgir.

Vale registrar, ainda, que o próprio contribuinte nomeia sua peça de "Contra-Razões", deixando claro que o seu intuito não é o de impugnar a Decisão proferida pela JJF, mas, apenas, combater o reexame da matéria em segunda instância.

Assim, considero que no presente PAF há tão-somente Recurso de Ofício e desde já determino que se façam as alterações necessárias, inclusive em sistema.

E, passando à análise do referido Recurso de Ofício, verifico que são dele objeto as infrações 1 e 2. Verifico, também, que a desoneração foi devidamente motivada pela Junta de Julgamento Fiscal, não merecendo qualquer censura a conclusão a que chegou, como se verá a seguir:

INFRAÇÃO 2 - Trata da 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.

Consoante se verifica da declaração de estoque de fl. 09, não foi feita a contagem física da mercadoria charque bovina, mas exclusivamente dos produtos: açúcar (cristal, refinado e padim), café moído e óleo de soja. Logo, a inclusão daquele produto (charque bovina) no relatório de cálculo das omissões (fl. 52) foi, de fato, indevida, devendo ser mantida a exclusão levada a efeito pela Junta de Julgamento Fiscal.

INFRAÇÃO 3 - Este item trata da falta de recolhimento de 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. A desoneração, aqui, deu-se por diversos motivos diferentes, relativos a cada operação individualmente considerada. Veja-se:

- a) Notas Fiscais nºs 93103 e 526155: o ICMS por diferença de alíquotas já havia sido recolhido antes da lavratura do presente Auto de Infração, além do que, no que concerne à Nota Fiscal nº 526155, a exigência já havia sido alvo de autuação anterior, julgada improcedente (documentos de fls. 246/271).
- b) Notas Fiscais nºs 127649 e 127650: o ICMS por diferença de alíquotas já havia sido recolhido anteriormente, conforme DAE de fl. 276.
- c) Mercadorias - Empacotadeira Automática Indumak Tipo DG 1000 nº 82271 (Nota Fiscal de fl. 281); Conjunto Empacotadeira e Enfardadeira Automáticas Indumak Tipo DG 1000 nº 82152 e Tipo EP 30 nº 82153 (Nota Fiscal de fl. 282); Empacotadora Automática Indumak Tipo MM 1000 nº 81979 Série 05/02 (Nota Fiscal de fl. 283); e Empacotadora Automática Indumak Tipo MM 1000 nº 1829 Série 1059 (Nota Fiscal de fl. 284): As notas fiscais relativas a essas mercadorias foram emitidas pela empresa Indumak, constando como destinatárias pessoas jurídicas diversas do sujeito passivo (Josenildo dos Santos Mendes ME, Casa do Açúcar e F.B. Ribeiro

Ltda.).

Além de o sujeito passivo não constar como destinatário dos bens vendidos, das notas consta, expressamente, que se trata de alienação com reserva de domínio amparada por contrato celebrado entre vendedor e comprador; ou seja, a operação não é de venda pura e simples, mas, sim, de um arrendamento mercantil, cuja opção de compra pode ou não se dar ao final do prazo estipulado.

Por esses motivos, verifica-se que, de fato, a exigência do imposto por diferença de alíquota é inviável.

- d) Nota Fiscal nº 2511 (fl. 175): Trata-se de operação de venda de uma empilhadeira pela Toyota Industrial à pessoa física Danilo de Andrade, sem que houvesse qualquer prova de que o referido maquinário de fato pertence ao autuado. O que se tem a partir da documentação apresentada, e não infirmada por outro meio de prova, é que o bem foi adquirido por uma pessoa física, inexistindo embasamento legal para a exigência da diferença de alíquotas em face do sujeito passivo desta autuação.

Nesse contexto, remanesce na infração 3 apenas a exigência relativa à Nota Fiscal nº 95675, por se tratar de mercadoria supostamente recebida para demonstração, mas sem retorno no prazo regulamentar.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida a Decisão de Primeira Instância por estes e pelos seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 **232943.0007/08-4**, lavrado contra **CASA PADIM ATACADO DISTRIBUIDOR DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$5.985,50**, acrescido das multas de 70% sobre R\$5.476,38 e 60% sobre R\$509,12, previstas no art. 42, incisos 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**, previstas no art. 42, XIV-A, “a”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

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

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS