

PROCESSO - A. I. Nº 278937.0003/10-9
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ALIMENTOS ZAELI LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 1ª JJF nº 0222-01/10
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 24/08/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0235-11/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. Constatando-se que a quase totalidade das mercadorias objeto do levantamento quantitativo de estoques está submetida ao regime normal de tributação, e não à substituição tributária, como entendeu a Decisão de Primeira Instância, deve ser afastada a nulidade equivocadamente proclamada, com o retorno dos autos à Junta de Julgamento Fiscal, para novo julgamento. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente processo foi encaminhado para esta Câmara, na forma de Recurso de Ofício, para exame da Decisão exarada pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº 0222-01/10, que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 278937.0003/10-9, lavrado em 17/03/2010, o qual reclama a cobrança do ICMS, no valor de R\$134.688,27, com aplicação das multas de 60% e 70%, decorrentes de um total de quatro infrações, sendo objeto deste Recurso apenas àquela caracterizada como de nº 1, qual seja:

“Deixar de recolher o ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária – a das operações de entrada – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou seus pagamentos com Recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias tributáveis realizadas anteriormente e também não contabilizadas, nos exercícios de 2007 e 2008, sendo exigido o imposto no valor de R\$127.154,41, acrescido da multa de 70%”.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 238 a 243), argumentando, sobretudo, que a justificativa apresentada pelo autuante se apresentava bastante confusa e obscura, não proporcionando uma razoável interpretação de suas conclusões, não trazendo uma definição clara sobre a suposta infração praticada pelo impugnante, disso resultando prejuízos na elaboração da peça defensiva.

Asseverou depreender, por dedução, ter o Auditor Fiscal se equivocado na aplicação da lei que subsume a infração imputada, uma vez que se utilizou uma base de cálculo majorada (maior expressão monetária), em face da presunção legal, para fins de cálculo do imposto lançado no Auto de Infração, quando deveria apurar o referido valor utilizando-se dos critérios legais estabelecidos no art. 60, inciso II, do Decreto nº 6.284/97 – RICMS/BA, o qual transcreveu.

Prosseguindo, insurgiu-se contra a multa aplicada de 70%, por se mostrar ilegal e abusiva, aduzindo que o cálculo correspondente a tal infração (1) encontra-se eivado de ilegalidade, porquanto formatado segundo critério que não encontrava amparo legal para tanto, tendo sido aplicada graduação de multa penal baseada em dispositivo legal estranho ao fato jurídico flagrado, portanto carecedor de legalidade, merecedor de total impugnação.

Em sua informação (fls. 249/250), o autuante contestou os argumentos trazidos pelo sujeito passivo, realçando que o levantamento fiscal foi realizado de forma correta, obedecendo a todos os mandamentos legais, além de nenhum dos demonstrativos ter sido objeto de impugnação pelo

contribuinte, no que se refere às quantidades, valores, mercadorias ou MVA, tendo o autuado se limitado a questionar as multas aplicadas, para propor a anulação do Auto de Infração.

Ao julgar, a JJF dirimiui a lide administrativa posta à sua apreciação no que pertine à infração 1, assim se posicionando:

“Observo que ao se insurgir contra a infração 01, o autuado alegou que a acusação fiscal se encontra confusa e obscura, não definindo de forma clara a infração que teria sido praticada, implicando em prejuízo na elaboração da peça defensiva, encontrando-se, assim, eivado de ilegalidade. Acrescentou que o Auditor Fiscal se equivocou no enquadramento da infração imputada, utilizando-se de base de cálculo majorada, decorrente do uso de presunção legal, para fins de cálculo do imposto lançado, quando deveria apurar o referido valor utilizando-se dos critérios estabelecidos no art. 60, inciso II do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Ressalto que as argumentações defendidas pelo sujeito passivo, conforme delineadas acima, em parte estão corretas. Isto porque, analisando os demonstrativos elaborados pela fiscalização, constatei que todas as mercadorias arroladas no levantamento quantitativo se encontram enquadradas no regime de substituição tributária, sujeitas ao pagamento do imposto por antecipação, sendo desoneradas de tributação as operações internas subsequentes.

Realço que no desenvolvimento do roteiro de auditoria fiscal de levantamento quantitativo de estoques, o que vem a ser o caso desta infração, constatando-se a ocorrência de omissão de entradas de mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária, deve-se aplicar a regra prevista no art. 10 da Portaria nº 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA (margem de valor adicionado), previstos no anexo 88 do RICMS/97.

Deste modo, concluo que existe a necessidade de se decretar de ofício a nulidade do Auto de Infração no que concerne à infração 01, nos termos do artigo 20 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, diante da falta de certeza da acusação fiscal e liquidez do lançamento, visto que a imputação atribuída ao impugnante deveria ser na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias sujeitas à substituição tributária recebidas de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal, como também da consequente antecipação tributária, uma vez que o levantamento foi realizado exclusivamente com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Concluo, assim, ser inadequada a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, conforme procedido na acusação fiscal. Considerando que as falhas apontadas resultariam em uma modificação substancial no roteiro de apuração, resultando em novos valores para a infração em questão, represento à autoridade competente, no sentido de providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.”

Destarte, a JJF julgou pela Procedência Parcial do Auto de Infração, sendo Nula a infração 1 e mantidas integralmente as de nºs 2, 3 e 4, destacado o fato da redução do valor da condenação acarretar o Recurso de Ofício da JJF, recorreu para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal, em obediência à legislação em vigor.

VOTO

Versa a procedimentalidade epigrafada sobre quatro infrações, sendo as de nºs 2, 3 e 4 julgadas Procedentes, sem manifestação de qualquer inconformismo recursal por parte do contribuinte a respeito delas, enquanto a imputação de nº 1 foi julgada Nula, apresentando-se como objeto deste Recurso de Ofício, em obediência à legislação vigente.

Após estudo minucioso do feito, constato que a nulidade da aludida infração foi proclamada sob o fundamento de que os produtos objeto do levantamento quantitativo de estoques, e cuja diferença ensejou a cobrança do ICMS lançado pelo autuante, estariam inseridos no regime da substituição tributária, o que, no entendimento da Junta de Julgamento Fiscal, teria como consequência a incidência do art. 10, da Portaria nº 445/98, exigindo-se o imposto do sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros, as quais se encontravam desacompanhadas de documentação fiscal, bem como o tributo apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA (margem de valor adicionado) previsionsados no Anexo 88 do RICMS/97, *verbis*:

Art. 10. No caso de omissão do registro de entrada de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária:

I - se a mercadoria ainda estiver fisicamente no estoque ou se tiver saído sem tributação, deve ser exigido o pagamento:

a) do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal (RICMS/97, art. 39, V), observando o seguinte:

1 - a base de cálculo é o valor da mercadoria adquirida, que corresponde ao preço médio das compras efetuadas no último mês de aquisição da mesma espécie de mercadoria, não devendo ser computada nenhuma parcela a título de margem de valor adicionado (RICMS/97, art. 60, II, "b");

2 - a multa aplicável é a prevista para a falta de recolhimento tempestivo em razão da falta de registro de documentos nos livros fiscais próprios, apurada mediante levantamento quantitativo (70%);

b) do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de margem de valor adicionado previstos no Anexo 88 do RICMS/97, deduzida a parcela do tributo calculada na forma da alínea anterior, a título de crédito fiscal, com multa de 60% (RICMS/97, art. 915, II, "d");

II - tratando-se de contribuinte sujeito ao regime normal de apuração, se ficar comprovado que, não obstante a falta de recolhimento do imposto por antecipação, a operação de saída posterior foi tributada normalmente, observar-se-á o seguinte:

a) não se exigirá o imposto que deveria ter sido pago por antecipação, aplicando-se, contudo, a multa de 60% (RICMS/97, art. 915, § 1º, I);

b) a providência de que cuida a alínea anterior não dispensa a exigência do imposto devido pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, nos termos da alínea "a" do inciso anterior.

Sucedendo que o auditor fiscal, no demonstrativo resumo de estoque de fls. 16/19 e 60/65, indicou, equivocadamente, que todas as mercadorias objeto do levantamento estariam enquadradas no regime da substituição tributária (ST = 3), induzindo a erro a Junta de Julgamento Fiscal, pois, na verdade, a quase totalidade das mercadorias objeto deste item do Auto de Infração está sujeita ao regime normal de tributação pelo ICMS, à exceção de alguns poucos, a exemplo de macarrão e açúcar. Assim, a exigência do tributo não poderia se dar com base nos critérios fixados pelo art. 10, da Portaria nº 445/98, anteriormente transcrito, como entendeu a Decisão de piso.

Assim, superada a nulidade erroneamente declarada pela Junta de Julgamento Fiscal, deve o PAF retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Face o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício apresentado pela 1ª JF, para, rejeitando a nulidade proclamada, anular a Decisão recorrida. Retornem os autos à Primeira Instância, para novo julgamento.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 278937.0003/10-9, lavrado contra **ALIMENTOS ZAELI LTDA.**, devendo retornar os autos à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

CLAÚDIA MAGALHÃES GUERRA – REPR. DA PGE/PROFIS