

PROCESSO - A. I. Nº 269193.0150/11-5
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERMERCADO EFCE PEREIRA LTDA.
(SUPERMERCADO PEREIRA)
RECORRIDOS - SUPERMERCADO EFCE PEREIRA LTDA. (SUPERMERCADO PEREIRA) e
FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ªJF nº 0305-02/11
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
INTERNET - 22/08/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0242-11/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. **a)** SAÍDAS E ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Está demonstrada a existência de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias em exercícios distintos. No cálculo do imposto foi tomada por base a diferença de maior expressão monetária, relativamente a cada exercício. A omissão de saídas por si só configura a ocorrência do fato gerador, pois a saída constitui o elemento temporal da norma jurídica que define o fato tributável. Mantida a Decisão recorrida. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS ADQUIRIDAS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL SUJEITAS AO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE O VALOR ACRESCIDO. Restou comprovado que o demonstrativo relativo à exigência do ICMS na infração 1 (omissão de saída > omissão de entrada) restringiu-se às mercadorias submetidas ao regime normal de tributação e a base de cálculo da omissão de entrada apurada na infração 2 refere-se apenas às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária. Consequentemente, não há correlação entre a apuração da base de cálculo entre a primeira e a segunda infração e correta a exigência do imposto na infração 2. Infração subsistente. Modificada a Decisão recorrida. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. ENTREGA COM OMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. MULTA DE 1% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES REALIZADAS. Descumprimento de obrigação acessória. A legislação estabelece aplicação da multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. **Não acolhido o pedido de cancelamento da multa, tendo em vista inexistir correlação entre a multa aplicada decorrente da obrigação principal (infrações 1 e 2) e a obrigação acessória (infração 3). Infração procedente. Mantida a Decisão recorrida.** Recurso de Ofício **PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime. Recurso Voluntário **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos em face do acórdão em referência que julgou pela Procedência em Parte da autuação em destaque, lavrada em 22/06/2011 para exigir ICMS no valor de R\$156.884,66 devido à imputação de três infrações abaixo descritas, sendo objeto daquele Recurso às infrações 1 e 2 e deste as infrações 1 e 3, a saber:

INFRAÇÃO 1 - Falta de recolhimento do imposto relativo a 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 espécies de mercadorias em exercício fechado, levando-se em conta, para o cálculo, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, com o ICMS devido no valor de R\$86.509,26.

INFRAÇÃO 2 - Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque, em exercício fechado, com o ICMS devido no valor de R\$60.820,65.

INFRAÇÃO 3 - Forneceu arquivos magnéticos, enviados via Internet através do programa Validador/SINTEGRA com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes, ficando o valor da multa limitado a 1% (um por cento) do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações divergentes. Multa aplicada no valor de R\$9.554,75. Levantado mediante cruzamento dos dados dos arquivos magnéticos mensalmente enviados à SEFAZ com aqueles constantes dos livros fiscais apresentados mediante Intimação. Os anexos III.1 demonstram a infração. Os anexos III.2 são elementos comprobatórios, a saber: extratos do SINTEGRA enviado pelo contribuinte à SEFAZ e amostras do livro RAICMS. Tal divergência se deu mesmo após Listagem Diagnóstico para correções apresentadas ao Contribuinte, como se vê no anexo III.3; o anexo III.4 é a prova de recebimento de cópia do demonstrativo.

A 2ª JF dirimiu a lide com base nestes fundamentos, *verbis*:

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher do imposto relativo a 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, apurando mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias em exercícios fechados de 2009 e 2010, levando-se em conta, para o cálculo, o maior valor monetário – o das saídas tributáveis, com o ICMS devido no valor de R\$ 86.509,26.

Em sua defesa o autuado reconhece a procedência parcial do valor autuado, acatando como devido o valor de R\$80.225,38, tendo impugnado apenas o valor de R\$ 6.283,88, argumentando que a fiscalização incluiu, indevidamente, em seu levantamento fiscal mercadorias com fase de tributação encerrada em razão da substituição tributária; mercadorias isentas e outras da cesta básica, além de outros equívocos apontados na defesa.

Entendo que os argumentos defensivos devem ser acolhidos, uma vez que o próprio fiscal autuante revisou o levantamento fiscal e reconheceu que cometeu os equívocos apontados pela defesa, tendo apurado como devido o valor apontado pela defesa, qual seja, R\$80.225,38.

Logo, a infração 01 restou parcialmente caracterizada.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo ter deixado de recolher o imposto, por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida parcela do tributo calculado a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento

quantitativo de estoque, em exercício fechado, com o ICMS devido no valor de R\$ 60.820,65, nos exercícios de 2009 e 2010.

Em sua defesa o autuado argüiu nulidade da autuação, argumentando que o autuante aponta no Auto de Infração a cobrança do imposto baseada na diferença a maior entre as omissões de saídas em confronto com as omissões de entradas. Frisa que no auto, a cobrança baseou-se nas operações de saídas omitidas, cobrança na qual já está inserida a omissão de entrada, conforme descreve o art. 60, II, § 1º, do RICMS. Ao realizar a cobrança dessa infração o autuante infringe o art. 13, I da Portaria 445/98, juntamente com o art. 60, II, § 1º, do RICMS.

Entendo que o argumento defensivo deve ser acolhido, pois o roteiro aplicado pela auditoria realizada no estabelecimento autuado foi o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias.

O referido roteiro constitui modalidade de procedimento fiscal destinado a conferir as entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, num determinado período (anual em se tratando de exercício fechado ou por alguns meses ou dias em se tratando de exercício aberto, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto as quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária.

O Art. 2º, da Portaria 445/89, estabelece que o levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias pode ser efetuado em exercício fechado ou em exercício em aberto, sendo que:

I - o levantamento quantitativo em exercício fechado é feito quando o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado, de modo que se dispõe do Registro de Inventário com os estoques existentes no início e no fim do período a ser fiscalizado;

II - o levantamento quantitativo em exercício aberto é efetuado quando o exercício financeiro da empresa ainda se encontra em curso ou quando não se disponha dos dados relativos ao estoque final, sendo necessário que o fisco efetue a contagem física das mercadorias existentes no estabelecimento na data escolhida.

No presente caso, o levantamento fiscal foi realizado nos exercícios de 2009 e 2010. Portanto, somente poderia se tratar de levantamento quantitativo em exercício fechado, uma vez o exercício financeiro da empresa já se encontra encerrado.

A fiscalização apurou diferença tanto de entrada como de saídas em ambos os exercícios.

Ocorre que o procedimento fiscal não atendeu as determinações da Portaria 445/89, em relação a infração 02.

A citada Portaria foi editada com o fim específico de orientar os trabalhos de auditoria fiscal de estoques em estabelecimentos comerciais e industriais, inclusive, esclarecendo o alcance das disposições contidas no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014, de 04 de dezembro de 1996, com vistas a proporcionar ao corpo fiscal e demais instâncias desta Secretaria entendimento uniforme na aplicação da aludida norma.

Ao aplicar o citado roteiro, o autuante constatou a existência de omissões tanto de entradas como de saídas de mercadorias, de acordo com os Artigos 12 e 13, I, da citada portaria, se o valor das saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “a”, e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas, in verbis:

Art. 12. Detectando-se, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, omissão tanto de entradas como de saídas, a análise dos elementos e a adoção das providências fiscais recomendáveis nessas circunstâncias deverão ter em vista as disposições formuladas nos artigos anteriores desta Portaria.

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, “a”, e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas;

Esse procedimento foi observado pela fiscalização em relação à infração anterior (infração 01), não merecendo reparo.

Entretanto, na infração em tela (infração 02) o autuante aplicou indevidamente, para o mesmo levantamento fiscal, o previsto no artigo 10, inciso I, alínea “b” da referida Portaria, o qual somente pode ser aplicado quanto houver Omissão de Entradas de Mercadorias, o que não ocorreu no caso em lide.

No caso em tela o autuante apurou “Omissões Tanto de Entradas Como de Saídas de Mercadorias”. Nesta situação, deveria ter sido aplicado, unicamente, o previsto nos Artigos 12 e 13, I, acima transcrito.

Somente seria devido à cobrança se o valor da omissão de entradas fosse maior do que o da omissão de saídas, o que não ocorreu, conforme demonstrado na infração anterior.

Portanto, entendo que a infração 02 é nula por falta de previsão legal.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo ter fornecido arquivo magnético, enviado via internet através do programa Validador/SINTEGRA, com omissão de operações ou prestações, ficando o valor da multa limitado a 1% do valor das operações de saídas e das prestações de serviços realizadas no estabelecimento em cada período, calculando-se a multa sobre o valor das operações ou prestações omitidas.

Em sua defesa o autuado não nega a imputação, apenas requereu o cancelamento o redução da multa aplica.

Não acato o pedido do autuado, pois embora exista previsão legal, o art.158, do RPAF/99, estabelece que as penalidades por descumprimento de obrigação acessória poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, mediante o atendimento de determinadas condições, quais sejam: 1) desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e 2) que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que no próprio Auto de Infração é imputada falta de recolhimento do ICMS, que foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, infração 01. Logo, entendo que não foram atendidas as exigências acima, portando não pode ser acolhida as decisões citadas pela defesa, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado,

Assim, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	JULGAMENTO	VALOR HISTÓRICO DEVIDO
1	PROCEDENTE EM PARTE	80.225,38
2	NULO	0,00
3	PROCEDENTE	9.554,75
TOTAL		89.780,13

Mediante Recurso Voluntário o contribuinte reitera a tese defensiva no sentido de que há insegurança jurídica na interpretação da norma por ter o julgador transcrito a sua defesa, tendo o ilustre Relator, como pontuou, afirmando que:

“Não acato o pedido do autuado, pois embora exista previsão legal, o art. 158, do RPAF/99, estabelece que as penalidades por descumprimento de obrigação acessória poderão ser reduzidas ou canceladas pelas Juntas de Julgamento Fiscal ou pelas Câmaras do CONSEF, mediante o atendimento de determinadas condições, quais seja: 1) desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e 2) que não tenham implicado falta de recolhimento de tributo. Condições que não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que no próprio Auto de Infração é imputada falta de recolhimento do ICMS, que foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, infração 01. Logo, entendo que não foram atendidas as exigências acima, portanto não podem ser acolhidas as decisões citadas pela defesa, razão pela qual deixo de acatar o pedido do autuado.”

Feita essa transcrição, destacou o esteio legal que estriba seu apelo, fazendo menção ao disposto no art. 112 do CTN – Código Tributário Nacional, com o ART. 40, §7º, da Lei nº 7.014/96 e o art. 158 do RPAF/99 para concluir que a hipótese dos autos é de insegurança jurídica.

Salienta que o autuante já tinha considerado as informações enviadas para o estoque no período fechado de 2009 e 2010, e que, portanto, não poderia ter considerado a divergência entre o arquivo magnético - SINTEGRA e as DMA's e os livros de Apuração para aplicar a infração contra o autuado; por já ter sido penalizado na infração 01, por não atendimento da obrigação principal e para corroborar sua tese, transcreveu o art. 915 do RICMS/96, que em seu CAPÍTULO II - DAS INFRAÇÕES E DAS MULTAS, art. 915, e parágrafos, preconizam que:

Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 2º A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, servindo a infração relativa à obrigação acessória como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido em relação ao mesmo infrator.

§ 4º As multas por descumprimento de obrigações acessórias poderão ser reduzidas ou canceladas pelos órgãos julgadores administrativos, desde que fique provado que as infrações tenham sido praticadas sem dolo, fraude ou simulação e não impliquem falta de recolhimento do imposto.”

Por derradeiro, pugna pela anulação da Decisão recorrida, pela insegurança jurídica suscitada, e se assim não entender a CJF, que seja a infração considerada nula de pleno direito para se assegurar a justiça fiscal.

A PGE/PROFIS posicionou-se às fls. 358/361, primeiramente, rejeitando a preliminar de nulidade por não conter vício algum na Decisão guerreada. No que toca ao mérito, comunga do entendimento da JJF de que inexistem nos autos provas contundentes de que a conduta infracional tenha sido praticada sem dolo, fraude ou simulação e que não tenha acarretado falta de pagamento do ICMS, o que torna a pretensão recursal de inaplicabilidade da multa por fornecimento de arquivos magnéticos com dados divergentes desarrazoada, a multa é incabível porque o contribuinte já foi penalizado com a infração referente à falta de recolhimento do ICMS relativo à omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais.

Destaca que se está diante de infrações diversas e autônomas, pelo que considera inaplicável a aplicação do art. 915, § 2º, no sentido de que a multa por descumprimento de obrigação acessória é absorvida por aquela concernente ao descumprimento da obrigação principal, sempre que esta infração decorrer daquela, e que, por isso, não há dúvidas de que a não emissão de notas fiscais a espelhar a omissão de saídas de mercadorias, não representa consequência direta proveniente do fornecimento de arquivos magnéticos via SINTEGRA, com dados divergentes. Finda pelo não provimento do apelo recursal.

VOTO (Vencido quanto à infração 2)

Por força de Recurso Voluntário e de Ofício a matéria é devolvida ao crivo desta CJF. De início, quanto ao Recurso de Ofício, mais especificamente quanto à infração 1, na qual houve parcial redução do montante originalmente lançado, infiro do teor da Decisão recorrida que foi considerado pelo próprio preposto fiscal, ao revisar o levantamento, que havia cometido os equívocos arguidos pelo autuado ao defender-se, o que justifica a redução de R\$86.509,26 para R\$80.225,38.

No que tange à infração 2 que foi declarada nula, extrai-se do julgado de primeiro grau que no Auto de Infração a cobrança do imposto tem lastro na diferença a maior entre as omissões de saídas em confronto com as omissões de entradas, sendo, destarte, a cobrança relativa às operações de saídas omitidas, nas quais insere-se a omissão de entrada à luz do art. 60, II, § 1º, do RICMS.

Assim sendo, o autuante ao lavrar o lançamento desobedeceu, ao meu ver, o comando do art. 13, I da Portaria nº 445/98, como, também, o do art. 60, II, § 1º, do RICMS, isto porque o roteiro aplicado pela auditoria realizada no estabelecimento autuado foi de o levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, que é aplicável à verificação das entradas e saídas de mercadorias do estabelecimento de contribuinte, em um determinado período (anual em se tratando de exercício fechado ou por alguns meses ou dias em se tratando de exercício aberto, tomando-se como pontos de referência os inventários inicial e final do período considerado, levando-se em conta tanto às quantidades de mercadorias como a sua expressão monetária).

Ocorreu que, na apuração levada a efeito pelo autuante nos exercícios de 2009 e 2010, muito embora se tratasse de levantamento quantitativo em exercício fechado, já que o exercício financeiro da empresa já se encontrava encerrado, apurou-se diferença tanto de entrada como de saídas em ambos os exercícios, desconsiderando-se, portanto, a regra do RICMS/97 do art. 60, II, “a”, e § 1º, que prevê a multa correspondente (70%), que é absorvida pela penalidade relativa à falta de escrituração das entradas, nestes termos:

Art. 12. Detectando-se, mediante levantamento quantitativo de estoques por espécies de mercadorias, omissão tanto de entradas como de saídas, a análise dos elementos e a adoção das providências fiscais recomendáveis nessas circunstâncias deverão ter em vista as disposições formuladas nos artigos anteriores desta Portaria.

Art. 13. No caso de existência tanto de omissão de entradas como de saídas de mercadorias, duas situações, pelo menos, podem ocorrer:

I - o valor da omissão de saídas é maior do que o da omissão de entradas: nesse caso deve ser cobrado o imposto relativo às operações de saídas omitidas (RICMS/97, art. 60, II, "a", e § 1º), com a multa correspondente (70%), que absorve a penalidade relativa à falta de escrituração das entradas; Ra

Como visto, conclui-se sem reboço de dúvidas, que o Fisco aplicou indevidamente, para o mesmo levantamento fiscal, o previsto no artigo 10, inciso I, alínea "b" da referida Portaria, conquanto somente pudesse ser aplicado se constataste Omissão de Entradas de Mercadorias, situação diversa da infração em foco. Fica mantida a nulidade decretada sendo cristalina a insegurança jurídica e a falha no roteiro de trabalho da fiscalização a prejudicar o contribuinte.

Adentrando na matéria pertinente ao Recurso Voluntário verifico que concerne tão somente às infrações 1 e 3. Primeiramente, devo ressaltar que o PAF desde o seu nascedouro não apresenta qualquer vício que o inquene à exceção da nulidade apropriadamente decretada da infração 2.

No mais, não há insegurança jurídica e todos os direitos do contribuinte como sujeito passivo no curso deste feito foram regamente respeitados, incluindo a motivação do *decisum* recorrido explicitando as razões de fato e de direito.

Constato das razões recursais que a pretensão é a redução e/ou o cancelamento da multa imposta, o que não é possível a esta CJF fazê-lo por força do que preceitua o art. 158, do RPAF, que estabelece a competência material exclusiva da Câmara Superior a quem deve ser dirigido o pleito.

Ademais disto, devo concordar com a Procuradoria no sentido de que as infrações 1 e 3 são diversas, o que torna incabível a aplicação do § 2º do art. 915 do RICMS-BA, que dispõe que a multa por infração à obrigação instrumental é absorvida por aquela aplicada ao descumprimento da obrigação principal, sempre que a infração desta decorra daquela.

Sucede que, dúvidas não remanescem na direção decisória de que o fato das notas fiscais não terem sido emitidas – omissão de saídas de mercadorias – este fato não decorre diretamente daquele outro, ou seja, de haver divergência nos arquivos magnéticos fornecidos via sistema SINTEGRA.

E em se tratando de duas infrações distintas foi o autuado penalizado por ter incorrido, também, na falta de recolhimento do tributo aos cofres estaduais, a caracterizar infração outra consistente na omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais. Insubsistente o seu inconformismo.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos, Voluntário e de Ofício.

VOTO VENCEDOR (Quanto à infração 2)

No tocante ao Recurso de Ofício interposto, verifico que a infração 1 exige ICMS relativo a omissão de saída de mercadorias e a infração 2, pela falta de recolhimento do imposto por antecipação, apuradas em levantamento quantitativo de estoques.

A 2ª JJF julgou nula a segunda infração fundamentando que foi apurado omissão de saída na infração 1 em valor maior que a omissão de entrada na infração 2 e deveria ser exigido o imposto apenas do valor da maior omissão, que no caso foi a da primeira infração.

Verifico que os demonstrativos que dão suporte às infrações 1 e 2 indicam:

Ano	Omissão apurada		Fl	BC/Exigida	Fl.	Mercadoria	ICMS Exigido	Infração
2009	Entrada	142.260,49	32			Tributadas		
	Saída	363.396,55	32	283.650,00	33 a 52	Tributadas	48.220,50	1

2010	Entrada	224.250,51	76			Tributadas		
	Saída	297.109,01	76	225.228,00	77 a 92	Tributadas	38.228,76	1
2009	Entrada	100.333,41		100.333,41	134 a 136	Regime ST	17.056,68	2
2010	Entrada	257.435,11		257.435,11	129 a 133	Regime ST	43.763,97	2

Pelo exposto, constata-se que o demonstrativo sintético (fls. 33 a 52 e 77 a 92) relativo à infração 1 (2009 e 2010) relacionam apenas mercadorias submetidas ao **regime normal** de apuração do ICMS, indicadas com o código de tributação 1 (9386-Vela; 24587-Óleo de Peroba; 25232-Veja Multiuso).

Já o demonstrativo sintético referente à infração 2 (fls. 129 a 133 e 134 a 136), relacionam apenas mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária, com código de tributação 3, a exemplo de 2035-Orelha suína defumada; 62411-Wodka; 62752-Whisky; 814812-Cerveja (2009) e 152853-Iogurt; 404211-Cerveja; 757522-Lâmpada (2010).

Concluo que tendo sido apurado omissão de saída maior que a omissão de entrada na infração 1 (tributadas), a Decisão proferida pela 2ª JJF estaria correta, se o valor da omissão de entrada apurado na infração 2 (mercadorias submetidas a ST) estivesse contido na base de cálculo da primeira infração (art. 13, I da Portaria nº 445/98, art. 60, II, “a” §1º), desprezando-se a omissão de entrada.

Entretanto, conforme acima apreciado, a base de cálculo apurada que motivou a exigência do ICMS na infração 1 (omissão de saída > omissão de entrada) restringiu-se às mercadorias tributadas e a base de cálculo da omissão de entrada apurada na infração refere-se apenas às mercadorias submetidas ao regime de substituição tributária.

Por conseguinte, está correta a exigência fiscal relativo à infração 2, motivo pelo qual deve ser reformada a Decisão de piso, pela procedência desta infração.

Voto pelo PROVIMENTO do Recurso de Ofício, restabelecendo o exigido de R\$60.820,65 na infração 2. Assim, fica configurado o débito do Auto de Infração conforme a seguinte configuração:

INF	RESULTADO	VLR. HISTÓRICO	VLR. JULGADO-JJF	VLR JULGADO-CJF	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	48.220,50	44.648,40	44.648,40	70%
	PROCEDENTE EM PARTE	38.288,76	35.576,98	35.576,98	100%
02	PROCEDENTE	60.820,65	0,00	60.820,65	60%
03	PROCEDENTE	9.554,75	9.554,75	9.554,75	-----
TOTAL		156.884,66	89.780,13	150.600,78	

VOTO EM SEPARADO (Quanto à infração 3)

Constato que a i. Relatora fundamentou no seu voto que em relação ao pedido de redução de multa “art. 158, do RPAF, que estabelece a competência material exclusiva da Câmara Superior a quem deve ser dirigido o pleito”.

Entretanto, pelo teor da defesa, contido no Acórdão JJF Nº 0305-02/11 e indicação do art. 915, §2º e 4º do RICMS/97 no Recurso Voluntário, tudo indica que o pedido do sujeito passivo é pela redução ou cancelamento por descumprimento de obrigação acessória (infração 3), por entender que deveria ser absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal.

Conforme apreciado na Decisão da primeira instância, as condições “*não foram satisfeitas pelo contribuinte, uma vez que no próprio Auto de Infração é imputada falta de recolhimento do ICMS, que foi apurada mediante levantamento quantitativo de estoque, infração 01*”.

Na infração 3, tendo sido aplicado multa por descumprimento de obrigação acessória (ter fornecido arquivo magnético, com omissão de operações ou prestações), não há correlação direta com as infração 1 (omissão de saída). Assim sendo, o descumprimento da obrigação principal, não é consequência direta do descumprimento da obrigação acessória. Por isso, não deve ser

acolhido o pedido de redução da multa que é de atribuição desta CJF, nos termos do art. 158 do RPAF/BA.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, **PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269193.0150/11-5**, lavrado contra **SUPERMERCADO EFCE PEREIRA LTDA. (SUPERMERCADO PEREIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor **R\$141.046,03**, acrescido das multas de 60% sobre R\$60.820,65, 70% sobre R\$44.648,40 e 100% sobre R\$35.576,98, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$9.554,75**, prevista no art. 42, XIII-A, “i”, da mesma lei já citada, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

VOTOS VENCEDOR (Infração 2) e EM SEPARADO (Infração 3) – Conselheiros(as): Eduardo Ramos de Santana, Rosany Nunes de Mello Nascimento, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Infração 2) – Conselheira: Alessandra Brandão Barbosa.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de julho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA/VOTO VENCIDO
(Infração 2)

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTOS VENCEDOR
(Quanto à infração 2) e EM SEPARADO (Infração 3)

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS