

PROCESSO	- A. I. Nº 269278.0002/14-9
RECORRENTE	- COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PEREIRA LTDA. (SUPERMERCADO PEREIRA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0016-05/15
ORIGEM	- INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET	- 04/09/2015

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0254-12/15

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. Deveria o impugnante trazer aos autos, notas fiscais de aquisição dos produtos que alega estarem na substituição tributária, com a comprovação da retenção do imposto devido por ST, mas não o fez. Assim, acato o valor integral lançado no auto. Infração 1 procedente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. As notas fiscais em questão não guardam nenhuma correlação com as mercadorias da infração 1. Infração 3 procedente. b) MERCADORIAS ISENTAS OU NÃO TRIBUTÁVEIS. as notas fiscais de mercadorias isentas sequer foram consideradas no levantamento de estoque, e portanto, não guardam relação com a primeira infração. Infração 4 procedente. Não acolhida a preliminar de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela 5ª JJF – Junta de Julgamento Fiscal em 22/01/2015 que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/03/2014, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$118.878,67 (cento e dezoito mil oitocentos e setenta e oito reais e sessenta e sete centavos), em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

O Contribuinte não contestou a infração 02.

Infração 01. RV – Falta de recolhimento do imposto relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadoria, sendo lançado o valor de R\$93.846,24, acrescido da multa de 100%;

Infração 03. RV – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita à tributação, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, resultando R\$3.055,25;

Infração 04. RV – Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa de 1% sobre o valor comercial da mercadoria, resultando R\$798,05.

O autuado apresentou defesa administrativa em face do Auto de Infração em epígrafe (fls. 470/473), impugnando totalmente as infrações 01, 03 e 04.

O autuante apresentou informação fiscal face à defesa apresentada pelo contribuinte (fls. 468/488), mantendo o Auto de Infração em seus termos gerais.

Em seguida houve novas manifestações de ambos os lados.

A instrução foi concluída e os autos remetidos à apreciação pela 5ª JJF que entendeu por bem, julgar, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração, o que fez nos seguintes

termos:

VOTO

A infração decorreu do levantamento quantitativo de estoques, que apontou saída de mercadorias sem a correspondente emissão dos documentos fiscais no exercício de 2010, com os demonstrativos entre as fls. 9/20(cálculo do imposto), fls. 21/36(notas de entradas), fls. 37/48(registro de saídas) e 49/59(preço médio), sendo portanto cumprido o disposto na portaria 445/98, que disciplina o roteiro de auditoria de estoques.

O impugnante não alegou erros materiais nos demonstrativos, mas uma questão de direito, a de que no levantamento foi considerado mercadorias que estão no regime de substituição tributária, sendo cobrado o imposto em duplidade. Na informação fiscal, o autuante diz que as mercadorias com ST embora constem nominalmente do levantamento, teve alíquota ZERO aplicada, e portanto, não teve o imposto lançado, a exemplo de açúcar à fl. 18, onde constata-se que realmente o item AÇÚCAR COCEAL CRISTAL 1KG, está com valor do ICMS zerado no cálculo do imposto lançado neste item. Os produtos de limpeza, por sua vez, ainda não estavam no regime de substituição tributária, e as bebidas lácteas, conforme detalhamento a seguir, também não se encontram na substituição tributária.

As bebidas lácteas assemelhadas a iogurte, como os produtos chamados “chambinho, ninho soleil morango, chamito Nestlé” e outros assemelhados, embora aparentem estar na substituição tributária, os NCM indicados os excluem do regime de substituição. Neste aspecto, quando da manifestação às fls. 534/537, em que comentava a informação fiscal, o impugnante não contestou tais fatos, pois repetiu exatamente os mesmos termos da impugnação apenas acentuou que as alegações da defesa foram parcialmente atendidas, sem no entanto trazer qualquer comprovação das suas alegações.

Quanto a isto, o autuante diz que apenas identificou na substituição tributária, um único tipo de macarrão instantâneo, e que foi excluído do cálculo na informação fiscal, mas insiste que os produtos “chambinho, ninho soleil, chamyto nestlé”, não estão na substituição tributária, mas apenas os básicos, sob código restrito na legislação.

De fato, este Conselho de Fazenda tem julgado que as chamadas bebidas lácteas, assemelhados a iogurtes não estão na substituição tributária, conforme se depreende de transcrição de julgamento abaixo:

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL - ACÓRDÃO JJF Nº 0081-03/11

E, tal como exposto pelo sujeito passivo, os produtos, e respectivos rótulos, Ninho Soleil, Molico na condição de bebida láctea com adição de pedaços de frutas, e Chamy, estão classificados, no âmbito da competente instância federal, como bebidas lácteas.

Quanto ao produto Frutess, pela composição do produto, constante dos autos deste processo, e descrito no rótulo registrado no Ministério da Agricultura, não é iogurte, e sim suco de frutas com adição de iogurte.

Assinalo, por oportuno, que apenas quando do envio do processo em nova diligência à INFRAZ de origem, e portanto já após o pronunciamento da Gerência de Substituição tributária – GERSU, ocorreu a juntada, ao processo, pelo sujeito passivo, da farta documentação demonstrando a composição de cada produto objeto das imputações 03 e 07, bem como os dados de seus registros e rotulagem aprovados pelo Ministério da Agricultura, com o que ficou comprovado que naquele Ministério, a quem cabe o registro e fiscalização dos requisitos dos mencionados produtos, os mesmos não estão registrados como iogurte.

Não se tratando, assim, na situação em lide, de operações comerciais com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, as Infrações 03 e 07 são improcedentes.

Ademais, deveria o impugnante trazer aos autos, notas fiscais de aquisição dos produtos que alega estarem na substituição tributária, com a comprovação da retenção do imposto devido por ST, mas não o fez. Assim, acato o valor integral lançado pelo autuante. Infração 1 procedente.

A infração 2 não foi impugnada pela defesa, mas o autuante em sua informação fiscal, ao analisar os produtos que alegadamente estariam na substituição tributária (defesa da infração 1) reconheceu de ofício, um pequeno erro, decorrente da cobrança do imposto sobre macarrão instantâneo, que entrou na substituição tributária em junho de 2010. Diz que excluiu estes itens e corrigiu o valor lançado para R\$42.982,94.

Registro aqui que o autuante deve ter cometido um erro de digitação, pois toda a infração 2 possui um valor inicial de R\$21.179,13, mas apresentou planilha retificadora à fl. 489, com as exclusões pertinentes, alterando a infração de R\$21.179,13 para R\$20.970,72. Infração 2 procedente em parte.

A infração 3, pelas notas fiscais não lançadas e tributadas às fls. 93/108, entendo que a alegação do impugnante de que estaria a se cobrar o imposto pelo descumprimento de obrigação principal na infração 1 e portanto não se justificaria a cumulação com a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, por eventualmente tratar as omissões apontadas na infração 1, da falta de registros das mesmas notas tanto na infração 3, como na infração 4. De fato, há previsão legal para a exclusão destas multas nos termos do art. 42 art. 42, inc. XXVII, § 5º da Lei 7.014/96:

A multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa 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.

No entanto, o argumento do impugnante não procede. Primeiro porque no item 1 deste processo, houve constatação da omissão de saídas de mercadorias e não da omissão de entradas. Ou seja, a considerar o lançamento destas notas fiscais de entrada não registradas (que diga-se oportunamente, não foi feito no procedimento) o valor das omissões de saída aumentaria. Logo, não há o pressuposto do parágrafo acima citado, o de que "o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória". Prova maior disso, é que, as notas fiscais em questão não guardam nenhuma correlação com as mercadorias da infração 1, a exemplo da nota fiscal nº17.829, de 26/01/2010 – MARGARINA AMELIA SACHE, que não integra o levantamento quantitativo de estoques. Infração 3 procedente.

Na infração 4, multa decorrente de notas fiscais não lançadas e não tributadas – fls. 109/128 – as notas fiscais de mercadorias isentas sequer foram consideradas no levantamento de estoque, e portanto, não guardam relação com a primeira infração. Infração 4 procedente.

Quanto à alegação de erro formal por falta de assinatura do autuante na via que foi entregue ao impugnante, o princípio do formalismo moderado é afeto às duas partes – administração e administrado – não havendo justificativa para que seja anulado o Auto de Infração por erro formal na entrega de uma cópia de Auto de Infração sem a assinatura do autuante, vez que isso não trouxe qualquer prejuízo ao defendente.

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

Como se pode inferir da leitura do voto acima reproduzido, a 5ª JJF assim se posicionou em relação aos argumentos aduzidos pela então impugnante, ora recorrente:

- i. Em relação à infração 1, observou que o Defendente alegou que o levantamento fiscal conteria mercadorias sujeitas ao Regime de Substituição Tributária, e que o autuante, na sua informação fiscal teria dito que as mercadorias com ST, embora constassem nominalmente no levantamento, tiveram a alíquota ZERO aplicada; a exceção de um único tipo de macarrão instantâneo (posteriormente excluído do cálculo da informação fiscal). Dessa forma atestou o argumentado pelo i. Fiscal;
- ii. Também acompanhou o posicionamento do mesmo, ao considerar que os produtos de limpeza, na época dos fatos, não estavam no Regime de Substituição Tributária, bem como que as bebidas lácteas também não se encontrariam na Substituição Tributária. Sendo assim, julgou a infração 1 parcialmente procedente;
- iii. Quanto à infração 2, apesar de não ter sido impugnada na defesa, atestou que o i. Fiscal, de ofício, teria reconhecido um pequeno erro na mesma, decorrente da cobrança do imposto sobre macarrão instantâneo, e que, dessa forma, o 2º lançamento teria sido reduzido para o montante de R\$ 20.970,72;
- iv. No tocante à infração 3, destacou que o Contribuinte teria alegado que se estaria a cobrar o imposto pelo descumprimento de obrigação principal na infração 1, e que, portanto, não se justificaria a cumulação com a multa pelo descumprimento da obrigação acessória. Em relação ao arguido, observou que existiria a previsão legal para a exclusão das multas, nos termos do art. 42, XXVII, §5º, da Lei nº 7.014/96. No entanto, afirmou não se tratar do presente caso, pois o item 01 desta autuação trataria da omissão de saídas de mercadorias; e não da omissão de entradas. Além disso, as notas fiscais deste item não guardariam correlação com os do item 1. Considerou a infração procedente;
- v. De forma semelhante julgou a infração 4, argumentando que, as notas fiscais de mercadorias isentas, sequer teriam sido consideradas no levantamento de estoque, e que, dessa forma, não guardariam relação com a primeira infração;
- vi. Por fim, em relação à arguição de nulidade da autuação, por falta de assinatura do autuante, na via que fora entregue ao Impugnante, refutou-a, argumentando que o princípio do formalismo moderado seria afeto às duas partes, e que tal erro não teria acarretado em prejuízo algum ao Defendente.

Intimado acerca do resultado do julgamento, o sujeito passivo interpôs **Recurso Voluntário (fls.**

561/564), que constitui-se em cópia quase que idêntica da impugnação:

- i. Arguindo, em relação à infração 1, que o levantamento fiscal apresentaria vários itens, previstos no anexo único do Protocolo ICMS 106/2009, que já teriam sofrido sua tributação na fonte, pois sujeitos ao Regime de Substituição Tributária, e que, apesar de o Auditor Fiscal ter excluído alguns itens do Demonstrativo, ainda faltaria elidir de outros tantos;
- ii. No tocante às infrações 3 e 4, argumentou que estaria sendo penalizada duas vezes, uma pela falta de escrituração e outra pela diferença apurada em quantitativos;
- iii. Por fim alegou que o art. 129 do COTEB prescreveria que a exigência do crédito tributário deveria conter a assinatura do autuante.

Em Parecer, a PGE/PROFIS (fls. 570/573) opinou pelo Improvimento do Recurso voluntário, alegando que:

- i. O Recorrente teria se limitado a repisar suas alegações já anteriormente refutadas em Primeira Instância, e que o mesmo não teria carreado aos autos qualquer elemento de prova que pudesse contradizer os demonstrativos;
- ii. Afirmou ainda que o Recorrente não estaria sendo penalizado duas vezes, transcrevendo para substanciar seu argumento, os trechos do voto da 5ª JJF, no que tocam às infrações 3 e 4, bem como que a ausência de assinatura do autuante, na via do Auto de Infração do Contribuinte, não levaria à nulidade da autuação.

Após, os autos foram remetidos para o CONSEF para apreciação do Recurso.

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão proferida pela que julgou, por unanimidade, Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, com o objetivo de exigir da ora recorrente crédito tributário, no valor histórico de R\$118.878,67 (cento e dezoito mil oitocentos e setenta e oito reais e sessenta e sete centavos), em decorrência do cometimento de 04 (quatro) infrações.

O recorrente não se manifesta contra a Infração 2 e impugna as demais infrações.

Da análise das razões recursais verifico que a referida peça se constitui em cópia quase que idêntica das razões de defesa.

Apesar de ser aduzido no último parágrafo das razões recursais, o recorrente repete sua alegação de nulidade do lançamento em razão da falta de assinatura do agente autuante na sua via do Auto de Infração, recebida pelos correios.

Assim, em se tratando de alegação preliminar a analiso antes das razões de mérito.

Entendo não assistir razão ao recorrente uma vez que nos termos dos §§1º. e 2º. do art. 18 do RPAF, meros erros formais que não acarretem prejuízo ao contribuinte não são capazes de inquinar de nulidade o lançamento.

Em razão disso, por entender que se tratou de mero vício formal que não causou nenhum prejuízo ao direito de defesa do contribuinte, não acolho a preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente.

Ademais, quanto à impugnação da Infração 1 o Recorrente apresenta manifestação absolutamente genérica, negando a infração e simplesmente dizendo que diversos produtos contidos no lançamento estariam sujeitos à substituição tributária.

Ressalto que a referida infração foi constatada mediante levantamento quantitativo de estoque, infração eminentemente fática, e o contribuinte não trouxe qualquer elemento concreto para elidir o levantamento.

Em que pese entenda que a JJF poderia ter aplicado o art. 143 do RPAF, tanto o autuante na informação fiscal, como a JJF cuidaram de analisar os itens constantes do lançamento e comprovaram restarem insubstinentes as alegações do Recorrente.

Assim, tendo em vista que as razões arguidas são as mesmas, e genéricas, entendo restar aplicável o art. 143 do RPAF, uma vez que *a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

Assim, subsistente a Infração 1.

No que se referem às infrações 3 e 4 o Recorrente repete seus fundamentos arguindo que está sendo penalizado duas vezes, pela falta de pagamento do imposto estadual e pela falta de escrituração das notas.

Ocorre que as Infrações 3 e 4 se tratam de descumprimento de obrigações acessórias do contribuinte, e no direito tributário a obrigação principal e a acessória são autônomas.

O fato é que o lançamento decorreu de obrigações diversas.

A absorção da multa pelo descumprimento de obrigação acessória pela multa por descumprimento de obrigação principal, apenas ocorre quando o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória.

No entanto, na Infração 1 se exige ICMS em razão da venda desacobertadas de documentos fiscais, e as Infrações 3 e 4 se tratam da falta de escrituração de aquisições de mercadorias tributadas e não tributadas.

Além de se tratarem de fatos distintos, não há como se comprovar que as mercadorias vendidas sem nota fiscal são as mesmas cujas entradas não foram escrituradas. Caberia ao contribuinte fazer essa prova e assim não o fez.

Ademais, a JJF trouxe exemplo que faz cair por terra o argumento recursal, uma vez que a exemplo da Nota Fiscal nº 17.829, de 26/01/2010 – MARGARINA AMELIA SACHE (não escriturada), se refere a produto que não integra o levantamento quantitativo de estoques.

Outrossim, o argumento recursal tem ainda menos razão quando se trata da Infração 4, uma vez que as mercadorias não tributadas não fizeram parte do levantamento quantitativo.

Assim, entendo restarem procedentes as Infrações 3 e 4.

Em razão de tudo o quanto exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269278.0002/14-9** lavrado contra **COMÉRCIO DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS PEREIRA LTDA. (SUPERMERCADO PEREIRA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento de imposto no valor total de **R\$114.816,96**, acrescido das multas de 100% sobre R\$93.846,24 e 60% sobre R\$20.970,72, previstas no do art. 42 incisos II, "a" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$3.853,30**, previstas nos incisos IX e XI, do mesmo diploma legal citado, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios estabelecidos pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de agosto de 2015.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

DANIEL RIBEIRO SILVA – RELATOR

ELDER DOS SANTOS VERÇOSA – REPR. DA PGE/PROFIS