

PROCESSO - A.I. Nº 279467.0007/01-7
RECORRENTE - COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 2055-04/01
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 02.02.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0010-11/02

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de pagamentos efetuados constitui prova da realização de operações sem pagamento do imposto, cujos Recursos foram utilizados para realizar os tais pagamentos, somente elidida por comprovação, pelo contribuinte, da origem dos Recursos, o que não ocorreu. Caracterizada a infração e mantida a Decisão Recorrida em relação ao presente item. 2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DESTINADOS AO ATIVO PERMANENTE. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Após a edição da Lei nº 7.014/96, o contribuinte faz jús ao crédito fiscal incidente sobre aquisições de bens para fim de imobilização, destinados à manutenção das atividades do estabelecimento, inclusive o valor correspondente à diferença de alíquota. Neste aspecto, o procedimento do contribuinte não resultou em prejuízo à Fazenda Estadual, descabendo a exigência fiscal deste item da autuação. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo contra o Acórdão nº 2055-04/01 originário da 4ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência do Auto de Infração em referência.

De acordo com a descrição dos fatos, o Auto de Infração em lide reclama o pagamento de ICMS, no valor de R\$65.483,93, mais multas de 60% e de 70%, relativamente a:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, caracterizada pela falta de registro de notas fiscais de aquisição, nos livros fiscais e comerciais, com ICMS exigido no total de R\$52.506,24.
2. Falta de recolhimento do imposto devido por diferença de alíquotas quando do ingresso, no estabelecimento, de mercadorias destinadas ao Ativo Imobilizado, procedentes de outras unidades da Federação, cuja exigência fiscal monta em R\$12.977,69.

O relatório produzido pelo o Sr. Relator da 4ª JJF assim se apresenta :

I – Quanto às razões de defesa: “O autuado apresenta defesa (fl. 213), fazendo as seguintes alegações:

1. Relativamente a diversas notas que discrimina pelos números, que não realizou as operações, atribuindo ao autuante a responsabilidade de provar que tenha realizado as aquisições;
2. Que a nota fiscal 90 não foi registrada, pois referente a simples remessa;
3. Que as notas fiscais 135538 e 008729 foram registradas em janeiro de 2001, conforme comprova a folha 2 do Registro de Entradas nº 5, que anexa cópia.

Reconhece que não escriturou algumas notas fiscais que discrimina pelos números, no valor total de R\$66.342,78, e como devido o imposto no valor de R\$11.278,26, pedindo que seja o auto julgado parcialmente procedente”.

II – Da informação fiscal prestada pelo autuante: “O autuante presta Informação Fiscal (fl. 218) justificando a autuação com base no artigo 2º, §3º do RICMS/97 e contestando os argumentos do autuado, conforme:

1. Que a negativa das aquisições não encontra amparo pois, além de constar como destinatário das mercadorias, estas são condizentes com o seu ramo de atividade;
2. Que ao querer atribuir ao autuante a apresentação de mais provas das aquisições é tentativa de inverter a situação;
3. Que independentemente da natureza da operação, a nota fiscal 90 deveria ser escriturada e ter seu pagamento comprovado e contabilizado;
4. Que a Nota Fiscal nº 135538 foi emitida em 19.10.99 e a de nº 8729, em 09.11.99, não se justificando a escrituração das mesmas no mês de janeiro de 2000, mesmo porque o prazo para escrituração de notas fiscais é de cinco dias após o ingresso da mercadoria no estabelecimento.
5. Que o demonstrativo de débito que apresenta “...é mais um acinte à Fazenda Pública Estadual...”

Conclui afirmando que o autuado não se manifestou sobre o item 2 da autuação e pede o julgamento pela procedência”.

III – A 4ª JJF decidiu a lide com base no seguinte voto: “O autuante, na Informação Fiscal, citou que o autuado não se manifestou quanto a infração 2, o que posso comprovar da leitura da peça defensiva. Portanto tal item é procedente pois seu silêncio deve ser encarado como concordância tácita.

Quanto às alegações do autuado, todas em relação ao item 1, não posso considerá-las, pelos seguintes motivos:

1. Negativa de aquisições desprovidas de provas não podem ser consideradas face ao disposto no artigo 143 do RPAF/99;
2. A falta de registro da Nota Fiscal nº 90 não tem respaldo na legislação. Mesmo tratando-se de simples remessa, como alega o autuado, com base no código fiscal de operações contido na mesma 5.99, não foi trazido ao processo qualquer justificativa quanto a ocorrência, ou seja, o que motivou a operação e, se, sobre a mesma, foi realizado e contabilizado o pagamento.

3. Quanto as Notas Fiscais n^{os} 135538 e 8729 não posso considerar a comprovação de escrituração em janeiro de 2000, na escrita fiscal, pois o motivo do reclame foi a falta de contabilização dos pagamentos e o autuado não comprovou que os lançamentos foram feitos na escrita contábil. Além do mais, a escrituração no livro de Entradas, além de não servir, no presente caso, para comprovar a contabilização do desembolso financeiro, também não fica caracterizada, pois algumas dúvidas pairam sobre a cópia do livro que anexou à folha 216, vez que nem mesmo fica comprovado se a folha refere-se à de um livro fiscal devidamente encadernado e autenticado antes do início da ação fiscal, apesar de autenticada em cartório.

Por tais razões o meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento”.

IV – Do Recurso Voluntário: Inconformado com a Decisão supra, o sujeito passivo, através de advogado legalmente constituído, ingressou com Recurso Voluntário onde, em relação a Infração 1, argui que o autuante “não quer apenas presumir a base de cálculo, que tem previsão legal porém, quer presumir o fato gerador do tributo, o que considera ilegal”, citando os arts. 113, § 1º, 166 *caput* e 116, *caput* I e II do CTN, destacando que “se a obrigação de pagar o tributo surge com a ocorrência do fato gerador, cujos efeitos apenas se operam após a sua concretização, não se pode admitir a presunção da base de cálculo se não se acha materializada a hipótese da incidência do fato gerador”.

Discorre a respeito do fato gerador do ICMS, contesta a obtenção de notas fiscais através do sistema CFAMT como prova constitutiva do fato gerador, menciona a existência de “miríades de fraudes fiscais perpetradas por terceiros com a utilização da inscrição cadastral de outros contribuintes” e considera irrelevante o fato de que as mercadorias indicadas nas notas fiscais objeto da autuação correspondam as atividades comerciais que desenvolve já que existem milhares de contribuintes operando no mesmo ramo de atividade.

Vale-se da interpretação dos arts. 58 e 60 do Regulamento do ICMS de 1977 para citar a forma da apuração da base de cálculo por presunção, onde se faz necessário a prova da ocorrência do fato gerador, o qual não se pode presumir e acrescenta que os dados colhidos através das notas fiscais obtidas pelo sistema CFAMT só poderiam concretizar o fato gerador se fossem integradas pela diferença constatada através de levantamento quantitativo nos estoques.

Após discorrer a respeito de “ônus da prova”, requer a reforma da Decisão da JJF em relação a este item “por inexistência do fato gerador”.

Adentra na infração 2, citando que a nota fiscal nº 135588 corresponde a aquisição de um veículo, com alienação fiduciária em garantia, onde não existe incidência do ICMS. Cita que ao receber o bem não poderia contabilizar pagamento inexistente, entretanto, reconhece que “falhou” no tocante a escrituração contábil do referido bem, porém, tal fato não pode transformar uma não-incidência constitucional em hipótese de incidência. Considera que existe apenas uma infração de natureza formal, ensejando a aplicação de uma penalidade fixa.

No que pertine a Nota Fiscal nº 008729, argúi que se refere à aquisição de bem para fim de imobilização, cuja nota fiscal foi registrada no mês de janeiro de 2001, antes da atuação, fato este que também gera apenas aplicação de penalidade formal. Acrescenta que se os membros da JJF contestam a autenticidade do documento que apresentou, deveriam ter mandado efetuar uma perícia e não negar-lhe os efeitos jurídicos.

Em conclusão, requer o conhecimento do Recurso Voluntário para que seja dado provimento “*in totum*” à infração 1 e provimento parcial à infração 2.

A Doutra PROFAZ ofereceu o Parecer nº 1074/01 onde, por considerar que os argumentos do recorrente são incapazes de alterar o julgado, opina pelo seu Não Provimento.

Para tanto, fundamenta o seu opinativo destacando que, quando foram apresentadas as Razões de Defesa, não foi contestado o item 1, pelo que, ante a concordância ficta e falta de oferta de defesa a este item no tempo oportuno, operou-se a preclusão para impugnação deste item, o qual não pode ser objeto de Recurso Voluntário, estando correta a Decisão Recorrida.

Já em relação ao item 2, considera que o recorrente apresenta irresignação objetiva quanto as Notas Fiscais nºs 135588 e 8729. Entende que o argumento do recorrente de que a operação espelhada na Nota Fiscal nº 135588 não permite a incidência do ICMS, labora o mesmo em equívoco já que a não incidência expressa no art. 6º do RICMS/96 não é a hipótese ora analisada. Acrescenta que a operação objeto da autuação é de compra e venda, a qual há a normal incidência do ICMS e a proteção deferida pelo RICMS refere-se a operações posteriores à da autuação, logo, não há como ser acolhida as razões recursais quanto a esta nota fiscal.

Já no que se refere À Nota Fiscal nº 08729 entende a PROFAZ que as razões do recorrente não desconfiguram a autuação, pois está sendo exigido o pagamento do diferencial de alíquota e este pagamento não foi comprovado até o presente momento.

VOTO

No tocante a infração 1, que trata de “omissão de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas de mercadorias não contabilizadas”, o preposto fiscal tomou como base documentos fiscais, cujas 2ª vias estão juntadas aos autos, foram coletadas nos Postos Fiscais, através do Sistema de Controle Informatizado da SEFAZ, intitulado CFAMT, as quais são originárias de fornecedores diversos e todas destinadas ao recorrente, as quais tiveram sua contabilização omitida pelo destinatário.

Apesar da incontestável prova material da infração, onde, na presente situação, não existe necessidade de realização de levantamento quantitativo no estoque, já que as notas fiscais não registradas são suficientes para comprovar a infração, o recorrente, na prática, limitou-se a negar que adquiriu tais mercadorias, porém, não apresenta nada de concreto que possa emprestar sustentação aos seus argumentos e, por esta razão, não elide a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Aliás, na peça de defesa inicial, o sujeito passivo admitiu a falta de contabilização de diversas das notas fiscais que foram arrecadas pela fiscalização do trânsito de mercadorias, através do CFAMT, integrantes da autuação em comento.

Vejo, também, que o procedimento do autuante encontra amparo na legislação tributária estadual, especificamente no art. 4º, § 4º da Lei nº 7014/96 que, assim expressa :

“Art 4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento :

*.....
§ 4º - O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.*

De maneira que, como o recorrente não comprovou a improcedência da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas, está correta e bem fundamentada a autuação pelo que, deve ser mantida inalterada a Decisão da 4ª JJF em relação a este item.

Já no que diz respeito a dita infração 2, entendo que não houve silêncio do sujeito passivo em relação a mesma em sua defesa inicial, já que, refere-se, de forma expressa, às Notas Fiscais nºs 135538 e 08729, incluídas neste segundo item da autuação.

Convém aqui destacar que, ao contrário do que afirma o recorrente, a operação a que se refere a Nota Fiscal nº 135538 envolve a aquisição de um veículo, em venda a vista e sem alienação fiduciária ou reserva de domínio, conforme está expresso, de forma clara, na própria nota fiscal.

Independentemente disto, o que se exige neste item 2 da autuação é pagamento de diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas aquisições, em outro Estado, de mercadorias ou bens destinados à integração ao Ativo Fixo.

O art. 93, V “a” do RICMS/96 estabelece que constitui crédito fiscal, a partir de 01.11.96, o valor do imposto anteriormente cobrado em operações que resultaram na entrada de bens destinados à manutenção das atividades do estabelecimento (Ativo Imobilizado), inclusive o valor do imposto pago a título de diferença de alíquota. Já o art. 132, do mesmo regulamento, determina que os contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração, que é o caso do recorrente, incluirão o valor da diferença de alíquota no cômputo dos débitos fiscais do período.

À luz dos dispositivos citados, em se tratando de pagamento de diferença de alíquota na forma constante neste PAF, vejo que o procedimento do recorrente não resultou em prejuízo à Fazenda Pública Estadual já que, o débito fiscal relativo à diferença de alíquota seria anulado, no mesmo período, através do crédito fiscal pertinente. Isto significa que não haveria qualquer tipo de desembolso pelo sujeito passivo, a título de diferença de alíquota, em relação às operações envolvidas na autuação.

Como as notas fiscais relacionadas à infração 2 não foram escrituradas, não há como aplicar-se penalidade por descumprimento de obrigação acessória já que, as mesmas notas fiscais integrantes deste item, também integraram a autuação do item anterior, situação em que, a multa aplicada pelo descumprimento da obrigação principal absorve a que seria aplicada pelo descumprimento da obrigação acessória.

Naquilo que concerne ao Parecer PROFAZ nº 1074/01, observo que, ao contrário do que entendeu a ilustre e competente Procuradora que o subscreveu, houve sim, contestação pelo autuado da autuação 1 e, parcialmente da infração 2, razão pela qual, peço a devida *venia* para não acolhê-lo.

Diante de tudo aqui exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário para que seja reformada em parte a Decisão Recorrida, com exclusão da exigência fiscal indicada no item 2 no valor de R\$12.977,69 e mantida, integralmente, a infração 1 no valor de R\$52.506,24.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão Recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 279467.0007/01-7, lavrado contra **COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$52.506,24**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ