

PROCESSO	- A. I. Nº 206936.0009/01-6
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e DETASA S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇO
RECORRIDOS	- DETASA S.A. INDÚSTRIA e COMÉRCIO DE AÇO E FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0117-03/02
ORIGEM	- INFAZ BONOCÔ (INFAZ PIRAJÁ)
INTERNET	- 20.08.02

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0277-12/02

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração caracterizada. Razões recursais não elidem a presunção legal. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração insubsistente. A multa acessória fica absorvida pela da infração principal (item 1). Mantida a Decisão de 1ª Instância. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício, submetido à apreciação dessa Câmara, conforme preceitua o art. 169, I, “a” do RPAF/99, em face da decisão proferida na 1ª Instância ter exonerado o sujeito passivo de parte do débito imputado no Auto de Infração acima epigrafado, e de Recurso Voluntário na forma prevista no art. 169, I, “b” do mesmo Diploma Legal, interposto pelo autuado, que inconformado com o julgamento proferido no Acórdão acima epigrafado, relativo ao presente Auto de Infração, no prazo decendial, após a intimação de fl. 167, aduziu as suas razões requerendo reforma da decisão para julgar o lançamento do débito improcedente.

As infrações descritas na peça exordial, resultantes da operação de monitoramento do período de abril a julho de 2001, foram as seguintes:

- 1- omissão de saídas de mercadorias apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas no valor do imposto de R\$129.634,64;
- 2- entrada de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, onde foi aplicada a multa de 10% no valor de R\$76.255,65 sobre o montante das referidas entradas não registradas.

No julgamento proferido na 3ª Junta de Julgamento Fiscal foi afastada a arguição de nulidade e do mesmo modo recusado o pedido de revisão fiscal por que o Relator do processo considerou que os elementos contidos no processo consubstanciaram a infração, porque a mesma estaria respaldada no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96. Assevera que o autuado não elidiu a presunção legal. Justificou porque não podia ser compensado o crédito fiscal, por entender que a base de cálculo foi a presunção legal de omissões de saídas, diante da falta de registro das entradas de mercadorias.

Relativo a infração 2, em que foi aplicada a multa de 10% sobre as mesmas entradas não registradas, de que trata o item 1, considerou improcedente tal exigência, porque neste caso a mesma fica absorvida pela multa da infração 1. O julgamento por unanimidade dos membros da 3ª Junta, foi pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O sujeito passivo aduziu nas razões do Recurso Voluntário, que não se conformava com a decisão e protestou pela reforma da mesma sob as seguintes alegações:

- 1- que os prepostos fiscais não consideraram as informações referentes à sua escrita devidamente registradas nos documentos e livros, que permitiriam averiguar o montante do tributo devido, se existia saldo devedor de ICMS, mas que não poderia ter lançado mão da via indiciária para proceder a fiscalização;
- 2- que houve abuso do poder do autuante ao apurar a base de cálculo por meio de arbitramento, o que contrariou a legislação, a doutrina e a jurisprudência, acerca do referido método que só deve ser adotado se não houver outro modo de se apurar o montante real;
- 3- que considera nulo o procedimento fiscal por entender que não tem o respaldo legal necessário. Cita julgados referentes a arbitramento;
- 4- que diante de se configurar o descumprimento da obrigação de escriturar as notas fiscais de entradas pelo recorrente, deve se levar em conta a hipótese de se pagar o imposto pela saída e ainda a inexistência de crédito fiscal, restando para o Fisco apenas o poder de aplicar a multa decorrente da obrigação tributária acessória;
- 5- diz que a base de cálculo foi apurada de forma aleatória, e não guarda equivalência com o valor da real operação da venda efetiva das mercadorias;
- 6- argüi que não tendo considerado o crédito referente às mercadorias, em razão da não cumulatividade, este fato constitui cerceamento do seu direito líquido e certo. Concluiu requerendo a improcedência do lançamento constante no Auto de Infração em questão.

A PROFAZ às fls. 191 a 192 no Parecer nº 245/02, considerou os argumentos trazidos no recurso incapazes de elidir a infração imputada ao recorrente. Assevera que a presunção legal do § 4º art. 4º, da Lei nº 7.014/96 ressalva ao contribuinte a comprovação da improcedência, mas que a mesma não foi elidida com os argumentos apresentados no recurso, e finalizou seu opinativo, concluindo pelo Não Provimento do Recurso.

VOTO

Da análise das infrações e das peças constantes nos autos, passo ao exame do Recurso de Ofício submetido a esta instância, face a decisão de ter liberado o contribuinte do débito referente ao item 2 da peça acusatória.

O item sucumbente refere-se a multa de 10% sobre o valor das entradas não contabilizadas, que foi objeto da infração 1.

Ocorre que o art. 42 no § 5º da Lei nº 7.014/96 dispõe que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, será absorvida pela multa pelo descumprimento da obrigação principal, sempre que se tratar de cometimento em que esta seja uma consequência direta daquela, servindo a infração relativa à obrigação acessória, como circunstância agravante da relativa à falta de recolhimento do imposto devido, em relação ao mesmo infrator. A situação de que trata o presente caso, se subsume a regra descrita acima.

Deste modo, considero correto o julgamento da 1ª Instância que considerou improcedente a exigência da aludida multa.

De fato, as duas infrações não podem conviver, pelo que preceitua a regra supracitada.

Nestes termos, mantenho a Procedência Parcial do Auto de Infração ante a insubsistência da multa que tem como base de cálculo para a aplicação do percentual de 10%, a mesma base de cálculo da infração 1, que exigiu pagamento de imposto.

Recurso de Ofício NÃO PROVIDO.

Quanto ao Recurso Voluntário, inicialmente, assinalo que o autuante identifica quais as notas fiscais não registradas, nos levantamentos de fls. 6 a 11 dos autos.

Verifico que o recorrente alega nas razões de recurso, que o autuante apurou a base de cálculo por meio da medida extrema do arbitramento contrariando a legislação vigente, contudo, não é esta a situação que se constata das peças acostadas ao processo, uma vez que o preposto fiscal também fez juntada das notas fiscais arroladas nos demonstrativos acima referidos, e todas as notas fiscais estão endereçadas a recorrente e com o código de vendas (6.11), todas procedentes de outra unidade da Federação, *in casu*, Minas Gerais, conforme fls. 11 a 124 dos autos.

Consta dos autos, as fls. 13 a 21, a cópia do livro de apuração do ICMS sem movimento.

O autuante conforme Termo de Intimação à fl. 12 solicitou os livros de Registro de Entradas e de Saídas, do período de janeiro a outubro de 2001.

Logo, a conclusão é de que o autuado não efetuou os registros nos livros de Entradas e nem tampouco comprovou documentalmente, de que as mercadorias que ingressaram no seu estabelecimento tenham sido devolvidas, como alega nas suas razões de recurso. Ademais, a prova de que emitiu o documento de devolução e que os valores ocorreram na proporção indicada e na sua totalidade, não foi carreada aos autos. Assim, não logra êxito os seus argumentos, posto que não comprovam a improcedência da presunção.

As alegações do sujeito passivo não encontram amparo, porquanto seguiu por uma linha discursiva acerca da autuação que não reflete os fatos descritos na peça exordial que tratou de

omissão de saídas de mercadorias apuradas em decorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas, hipótese prevista na Lei nº 7.014/96 no § 4º do art. 4º como autorizadora da presunção legal, ressalvando que cabe ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

O Regulamento do ICMS (Decreto nº 6.284/97), no capítulo II, que trata do momento da ocorrência do fato gerador, preceitua no art. 2º, § 3º, inciso IV, a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento de imposto, na hipótese de se constatar entradas de mercadorias ou bens não registrados, e faz a ressalva de que o contribuinte poderá comprovar a improcedência da presunção.

Logo, trata-se de situação prevista na legislação vigente, e no caso em tela, o procedimento adotado pela fiscalização não foi através de arbitramento como alega o recorrente, que pautou suas razões conduzindo por uma vertente estranha aos elementos que respaldaram a infração objeto da lide, ao alegar que foi feito arbitramento e citando decisões do CONSEF acerca do referido método de apuração do imposto.

Neste sentido, considero que a improcedência da presunção legal das omissões de saídas não ficou demonstrada, nem na peça de defesa nem nas alegações trazidas em sede do Recurso Voluntário.

Deste modo, em consonância com o entendimento da PROFAZ no Parecer exarado nos autos, considero que os argumentos do recorrente não foram o bastante para afastar a presunção legal, que cabia mediante prova da parte contrária, *in casu*, do sujeito passivo, uma vez que neste caso, lhe incumbe o ônus da prova conforme disposição legal.

Por todo o exposto, tenho o Recurso como insuficiente para reformar a Decisão Recorrida, pois a fiscalização através de documentação acostada à peça acusatória, demonstrou a ocorrência da hipótese que autoriza a presunção legal e por outro lado as alegações do recorrente, dada à sua fragilidade não tem o condão de elidir a ação fiscal.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2069360009/01-6, lavrado contra **DETASA S.A. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE AÇO**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$129.634,64**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de Julho de 2002.

JOSÉ CARLOS BOULHOSA BAQUEIRO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO - REPR. DA PROFAZ