

PROCESSO - A.I. Nº 207668.0001/02-7
RECORRENTE - A. M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0150-02/02
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 27.08.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0311-11/02

EMENTA: ICMS. 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, decorrente de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada parcialmente, tendo em vista que o sujeito passivo comprovou, mediante lançamento nos livros fiscais, a contabilização de parte das entradas apuradas. Sobre a diferença restante, não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos utilizados para pagamento de tais entradas. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/02/2002, reclama o ICMS no valor total de R\$ 4.870,25, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 289,11, nos prazos regulamentares referente às notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis nº 944 a 950; 119 e 291, não escrituradas no livro Registro de Saídas nos meses de 06/98; 09/98 e 12/98, conforme documentos às fls. 15 a 33.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 136,26, nos meses de 02/98 e 07/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (lâmpadas elétricas) através das Notas Fiscais nºs 517521; 824626 e 824627, conforme documentos às fls. 34 a 36.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 4,92, no mês de 07/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição interestadual da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (isqueiro) através da Nota Fiscal nº 824627, conforme documento à fl. 36.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 5,78, no mês de 06/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição interestadual da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (pilhas) através da Nota Fiscal nº 442490, conforme documento à fl. 37.
5. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no total de R\$ 13,60, no mês de 05/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, quando da aquisição interestadual de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária relacionada no Anexo 88 através da Nota Fiscal nº 106928, conforme documento à fl. 38.

6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, conforme cópias das notas fiscais de aquisições interestaduais nº 68511; 603; 3010; 433365; 45443; 24315; 47938; 562; 25780; 52599; 52600; 53402 e 309 coletadas através do CFAMT (doc. fls. 48 a 57).

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído em seu recurso às fls. 62 a 69, reconhece o débito no valor de R\$ 289,11 relativo à infração 01.

Quanto às infrações 2, 3, 4 e 5, argüi as suas nulidades sob alegação de que o lançamento foi feito com base em premissa equivocada da existência de crédito tributário embasado em presunção. Ressalta que trabalha com um número reduzido de itens de mercadorias isentas ou com substituição tributária, e por isso, visando evitar aumento de seu custo operacional com controles específicos destas mercadorias, ao invés de efetuar o recolhimento por antecipação, optou em considerar as mercadorias com tributação normal tributando-as na saída, conforme cópia do Registro de Apuração do ICMS acostado ao seu recurso. Além disso, fez a demonstração das vendas das mercadorias sujeitas à substituição no total de R\$1.776,99 com ICMS no regime normal de R\$ 302,09, efetuadas no exercício de 1998, destacando que a margem de lucro da empresa foi superior ao valor do MVA aplicado no trabalho fiscal, e que o fisco não sofreu qualquer prejuízo.

Por conta desse argumento, alegando que não houve dolo ou evasão de receitas, entende que caberia a aplicação de multa formal pelo descumprimento da obrigação acessória que reconhece ter cometido.

Quanto à infração 6, o defendente após transcrever os artigos 2º, parágrafo 3º, inciso IV, 50, 60, inciso I, artigo 124, inciso I, 218, 322 e 936, do RICMS/97 tidos como infringidos, não concorda com o enquadramento nos citados dispositivos regulamentares, com base nos seguintes argumentos:

1. que as notas fiscais que serviram de base ao levantamento fiscal não podem ser consideradas como entradas não contabilizadas, isto porque, conforme se verifica da intimação à fl. 58 em momento algum foram solicitados os livros contábeis;
2. que a acusação fiscal trata-se de uma presunção, pois não lhe foram solicitados os livros contábeis para averiguação;
3. que não há como afirmar que não houve a emissão de notas fiscais de saída, pois não foi realizado o levantamento físico de estoque;
4. que não foi feito o levantamento fiscal na forma do artigo 936 dado como transgredido.

O patrono do autuado impugna a multa de 60% aplicada na infração 06, entendendo que de acordo com o artigo 42, inciso IX, do da Lei nº 7.014/96, a multa aplicável no caso de bem, mercadoria ou serviço sujeito à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal é de 10%.

Ao final, requer a nulidade da ação fiscal, ou caso contrário, a sua improcedência.

O preposto fiscal autuante em sua informação fiscal às fls. 110 a 111, rebate as razões defensivas dizendo, no tocante às infrações 02, 03, 04 e 05, que conforme artigos 352, 370 a 379, I, 61 a 63 é devido o pagamento por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, e que ao contribuinte não é dada a opção de proceder o recolhimento por ocasião da saídas das mercadorias. Frisa que acaso tenha ocorrido o pagamento a maior ou indevido nas saídas seria cabível o pedido de restituição na forma prevista no RPAF.

Sobre as razões de defesa relativas à infração 06, o autuante esclarece que após conferência dos lançamentos no livro Registro de Entrada dos documentos fiscais fornecidos pelo sistema/controle fiscal de mercadorias da fiscalização, fez o levantamento fiscal, ficando caracterizada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis pelas entradas não registradas – registro fiscal ou contábil – conforme nova redação dada pela Alteração nº 10 para o inciso I do artigo 60. Frisa que a defesa baseou-se na redação anterior que não fazia menção das entradas ou pagamentos não registrados na escrituração, e tão somente das entradas ou pagamentos contabilizados e na interpretação literal da Lei. Por fim, o autuante sustenta que o enquadramento legal foi feito corretamente, assim como a multa aplicada.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“O Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, sob acusação dos seguintes fatos: Infração 1 - falta de registro no livro fiscal de notas fiscais de saídas; Infrações 2, 3, 4 e 5 - falta de antecipação tributária e antecipação a menor; Infração 6 – omissão de saídas caracterizada por entradas de mercadorias tributáveis não contabilizadas.

O débito da infração 1 no valor de R\$289,11, foi devidamente reconhecido pelo autuado, o que torna desnecessária maiores considerações a respeito.

Quanto às infrações 2, 3, 4 e 5, rejeito a argüição de nulidade destes itens, uma vez que não tendo sido comprovado o pagamento da antecipação tributária das notas fiscais que serviram de base à autuação, o lançamento foi feito corretamente com base nos artigos 353, inciso II, itens 25, 26 e 28, combinado com o artigo 61, do RICMS/97. Contudo, considerando que o patrono do autuado demonstrou às fls. 70 a 73 que o pagamento do imposto durante o exercício de 1998 das mercadorias objeto da autuação foi feito por ocasião das saídas, e que realmente no RAICMS às fls. 73 a 98 consta que todas as operações de saídas foram levadas à tributação do ICMS, entendo que não é correto exigir novamente o imposto neste caso. Portanto, restando comprovada a tributação das mercadorias regularmente nas operações subseqüentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se, no entanto, a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, em razão das mercadorias terem sido submetidas ao regime normal de apuração do imposto, nos termos do artigo 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96.

Desse modo, o imposto exigido nas infrações 2, 3, 4 e 5, fica modificado para as multas abaixo.

DATA	N.FISCAL	VL.NF	ANTEC.TRIB.	MULTA 60%	MERCADORIA	DOC.FL.	INFRAÇÃO
17/02/98	517521	462,67	75,03	45,02	Lâmpada elétrica	34	2
28/07/98	824626	224,12	37,66	22,60	Idem	35	2
28/07/98	824627	922,11	23,57	14,14	Idem	36	2
28/07/98	824627	922,11	4,92	2,95	Isqueiro	36	3
16/06/98	442490	447,35	5,78	3,47	Pilha	37	4
09/05/98	106928	675,58	13,60	8,16	Lâmpada elétrica	38	5
		Totais	160,56	96,34			

No tocante à infração 6, relativa a exigência de imposto por entradas de mercadorias não contabilizadas, verifica-se que o débito foi calculado com base nas cópias das Notas Fiscais de aquisições interestaduais nºs 68511; 603; 3010; 433365; 45443; 24315; 47938; 562; 25780; 52599; 52600; 53402 e 309 coletadas através do CFAMT (doc. fls. 48 a 57) todas em nome do estabelecimento autuado.

Analisando-se a questão à luz do que dispõe o artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O patrono do autuado não nega que as mercadorias tenham sido adquiridas pelo estabelecimento. No entanto, advoga a seu favor que as notas fiscais não podem ser consideradas como entradas não contabilizadas, pois não foi intimado a apresentar os livros contábeis, e a exigência fiscal trata-se de uma presunção.

Considero que a simples alegação de que não foram solicitados os livros contábeis não é suficiente para elidir a acusação fiscal, pois tratando-se a exigência fiscal de uma presunção legal, caberia ao autuado comprovar a improcedência dessa presunção, inclusive se fosse o caso, ter demonstrado mediante controle de estoque que as mercadorias constantes das notas fiscais haviam entrado no estabelecimento, bem assim a origem do numerário utilizado para pagar tais aquisições.

Quando a fiscalização examinando os documentos de um determinado período encontra notas fiscais de aquisição em poder do estabelecimento sem o registro fiscal, esta situação indica que o estabelecimento recebeu e deu entrada das mercadorias. Neste caso, seria cabível a aplicação da multa de 10% conforme previsto no artigo 42, inciso IX, do da Lei nº 7.014/96. Porém, quando a fiscalização constata a existência de documentos fiscais em nome do contribuinte não apresentados por ocasião da ação fiscal, neste caso, é válido presumir-se que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrente de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Assim, tendo em vista que a infração foi detectada através das notas fiscais coletadas nos postos fiscais, e não tendo sido comprovada a origem do numerário utilizado no pagamentos das notas fiscais não contabilizadas, subsiste a infração 06, sendo também infundada a arguição de nulidade sobre esta infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 4.806,03.”

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, que exarou o Acórdão nº 0150-02/02 pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte, inconformado, impetrou o presente Recurso Voluntário, arguindo:

Afirma que foi autuado, dentre outras infrações, as constantes da infração 06 – 05.05.01, sob a seguinte alegação:

“Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não contabilizadas no valor de R\$ 4.420,58.”

“Relativamente às Notas Fiscais de entrada interestaduais não lançadas, mas retidas pela fiscalização de trânsito CFAMT – nºs 68.511, 603.3.010; 433.635,45. 443,24315; 47.938,562; 25.780; 52.600,53402 e 309.”

Como se vê, o Auto de Infração prende-se na presunção de omissão de saída de mercadoria tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não contabilizadas, Por isso, o

Recorrente, pede vênia, para apresentar como razões de recurso os mesmos fundamentos da sua impugnação ao auto de infração 6 – 05.05.01.

Após fundamentar o recurso com os mesmos argumentos já despendidos na defesa impugnativa, a empresa conclui sua peça recursal, afirmando:

Resta claro dizer, que, a autoridade dos agentes fiscais tem limite definido e os eventuais abusos se esbarram nas limitações do poder de tributar, emanadas na Constituição Federal.

Só a lei é o instrumento próprio para descrever, para definir, a situação cuja ocorrência gera a obrigação tributária principal.

Importa dizer que, sem a situação prevista em lei, não nasce a obrigação tributária. Para surgir a obrigação tributária é indispensável a ocorrência da situação prevista em lei.

O artigo 108, parágrafo 1º, do CTN, diz textualmente:

“O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei”.

A presente autuação é descabida e improcedente, os argumentos articulado pelo agente fiscal não colide com os dispositivos constitucionais, agindo assim, com excesso de exação, com requinte de presunção e arbitrariedade.

Ocorre que, o Sr. Auditor Fiscal em suas falsas profecias esqueceu alguns detalhes:

Presunção é uma consequência ou uma ilação que a pessoa, por si próprio, tira de um fato para deduzir a existência de um outro de se quer da a prova.

As principais presunções legais ou de direito assim se enunciam:

- a) presumem-se as qualidades que são inerentes às pessoas e às coisas;
- b) não se presume as coisas que são de fato;
- c) não se presume a mudança das coisas;
- d) sempre se presume o melhor e o honesto.

Assim, reitera a impugnação ao valor das multas atribuídas a *infração 6 – 05.05.01*, posto que o artigo 42, inciso IX, estabelece a multa de 10% (dez por cento) do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido *registro na escrita fiscal*.

Face ao exposto, impõe-se o julgamento IMPROCEDENTE, na parte que foi desfavorável ao Recorrente especialmente as multas atribuídas a *infração 6 – 05.05.01*, do auto de infração por ser de sublimine JUSTIÇA.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 189, nos seguintes termos:

“O recurso voluntário interposto pela autuada contra a decisão de 1ª Instância traz os mesmos argumentos já analisados e decididos no julgamento efetuado, refere-se apenas ao item 3 que trata da falta de contabilização de entradas de mercadorias, gerando a presunção legal de operações não registradas, ocasionando a cobrança do ICMS reclamado. Nada traz que possa

ensejar qualquer análise por parte deste colegiado, nem em relação a fatos, ou documentos ou novos fundamentos de direito.

O que fica efetivamente evidenciado é o intuito de retardar o julgamento da lide na esfera administrativa, o que denota o caráter procrastinatório do recurso em análise. Enfim, em que pese o fato de o recurso voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação desse Conselho, as razões oferecidas pela recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento. Por esse motivo, entende a procuradoria que não deve provido o recurso.

VOTO

Dado ao exame e análise dos documentos apensados ao presente Processo Administrativo Fiscal, constatei que o recorrente, ao apresentar o seu recurso voluntário, o fez repetindo todos os argumentos e fundamentos já oferecidos quando da sua defesa impugnativa, inclusive em sua locução às fls. 2 (dois) da peça recursal, pede vênia para repetir todos os fundamentos já apresentados. Quanto ao postulado pelo recorrente que a multa cobrada deve ser a de 10% do valor comercial do bem, de acordo com o art. 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, entendo que não se aplica no presente caso, pois a autuação do item questionado foi em exercício fechado.

Em que pese o fato do Recurso Voluntário nos devolver toda a matéria em lide, não vejo como prosperar o argüido, face o recurso não ter oferecido nenhuma prova ou fundamento de direito que já não tivesse sido apreciado, de maneira que não vejo como possa a vir a ser modificado o julgamento realizado em 1ª Instância que, por sinal, está correto.

Assim, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 207668.0001/02-7, lavrado contra **A. M. INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$4.709,69**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$96,34**, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, VIII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFZ