

PROCESSO - A.I. Nº 277830.0001/00-4
RECORRENTE - IMMUNOSERVICE REPRESENTAÇÃO DE PRODUTOS LABORATORIAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0233-04/02
ORIGEM - INFAC BONOCÔ
INTERNET - 06.11.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0393-11/02

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa. Efetuada a correção no cálculo da multa. Infração parcialmente caracterizada. 2. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. DOCUMENTOS FISCAIS EMITIDOS POR ESTABELECIMENTO BAIXADO DO CADASTRO DE CONTRIBUINTES DO ICMS. 3. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Infrações totalmente comprovadas quanto aos itens 2 e 3. Rejeitada a preliminar de nulidade. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 03/10/2000, exige ICMS no valor de R\$85.534,60, além da multa de 10% no valor de R\$80.085,67, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal;
2. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a documentos fiscais falsos ou inidôneos, pelo fato dos mesmos terem sido emitidos por empresa com inscrição baixada;
3. Recolheu a menos o imposto em decorrência de desencontro entre o valor recolhido e o escriturado no Livro RAICMS.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 70 a 74 dos autos impugnou o lançamento fiscal elencando, inicialmente, as infrações imputadas para, em seguida contraditá-las com os seguintes argumentos:

- 1- Que o procedimento fiscal inobservou o disposto no art. 28, I, do RPAF, que estabelece a obrigatoriedade da lavratura do Termo de Início de Fiscalização, além de não ter sido submetido a assinatura do contribuinte, no caso de ser lavrado em folha avulsa, bem como não foi entregue cópia ao autuado;
- 2- Acerca da infração 1, diz razão assistir em parte a autuação, haja vista que algumas notas fiscais de compras ficaram fora da escrita fiscal. Sustenta, no entanto, ser cabível a cobrança do imposto, já que as notas não escrituradas estão devidamente identificadas e com cópias juntadas ao processo, o que permitiria ao Fisco apurar o montante do imposto devido e o total do crédito fiscal a ser deduzido. Transcreve entendimento do autor Geraldo Brinckmann, em apoio ao alegado.

Continuando em sua defesa, o autuado aduz que o autuante incorreu em erro, ao incluir notas fiscais cujos lançamentos faz parte da escrita da empresa, os quais estão relacionados em anexo (ver doc. 7 - fl. 81 dos autos), razão pela qual discorda da imposição fiscal;

- 3- Sobre a infração 2, alega que a exigência é totalmente desprovida de fundamento, uma vez que não existem os documentos fiscais falsos ou inidôneos. Sustenta que os créditos fiscais utilizados nos meses de outubro, novembro e dezembro/99, são provenientes de documentos fiscais idôneos registrados em sua escrita fiscal e que a falta de apresentação por parte do Fisco, da prova documental, implica em descaracterização da infração;
- 4- Com referência a infração 3, argumenta erro na apuração do ICMS a pagar no mês de dezembro/2000, quando em verdade existe é saldo credor. Como justificativa, diz que para a infração 1, o entendimento do CONSEF em várias decisões, como as proferidas nos Acórdãos JJF nº s. 2378/00 e 2424/00 é de que “a falta de escrituração de notas fiscais de entradas, impõe pagamento do imposto”, cujo entendimento não foi obedecido pelo autuante, ao aplicar penalidade acessória, contrariando o disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96.

Ao concluir, requer a nulidade do lançamento fiscal e, caso vencida a preliminar, a improcedência do mesmo.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 90 e 91 dos autos assim se manifestou:

- 1) Que o Termo de Início de Fiscalização foi devidamente lavrado conforme fl. 7 do PAF, além do que faz a juntada à fl. 92, da cópia do Termo de Intimação datado de 03/08/2000;
- 2) Que a falta de registro de notas fiscais de entradas está plenamente ratificada na própria peça de defesa (fl. 72). Frisa que o art. 322, § 3º, do RICMS, estabelece que a escrituração deve ser efetuada por ordem cronológica das entradas de mercadorias, o que não ocorreu;
- 3) Que os próprios documentos que o autuado apresenta às fls. 81 a 83, destacam as Notas Fiscais nºs 607 e 702, com valores completamente discrepantes, fato que pode ser comprovado através do cotejo das referidas notas com os documentos de fls. 10 e 19 integrantes do PAF, os quais foram numerados e rubricados;
- 4) Que num simples cotejo de documentos, se constata que nas cópias do Registro de Entradas anexadas à defesa (fls. 85 a 87), relativos aos meses de outubro a dezembro/99, constam “folha 33”, “folha 36” e “folha 39”, na terceira linha do cabeçalho, no alto, à esquerda, as quais não condizem com as incluídas no Auto de Infração, que são as fls. 48, 50 e 52 do processo e se referem às fls. 32, 34 e 36. Esclarece que nos meses acima citados, a empresa escriturou apenas uma única nota de entrada em cada mês, cujo emitente encontrava-se baixado no cadastro do ICMS desde abril/99. Ressalta que, os sócios da empresa autuada e da emitente das notas fiscais são os mesmos conforme comprovam os documentos de fls. 54 a 56 anexados aos autos;
- 5) Quanto ao recolhimento a menor do ICMS no mês de dezembro/99, informa que os documentos de fls. 64 a 66, referentes à conta-corrente de apuração do imposto e o DAE, são auto-explicativos.

Face o autuante haver anexado novos documentos por ocasião da informação fiscal, a INFRAZ Brotas conforme intimação e AR às fls. 93 e 94, notificou o contribuinte e reabriu o prazo de defesa, para que o mesmo se manifestasse, querendo.

Em nova intervenção às fls. 99 a 102 dos autos, o autuado refutou os argumentos esposados pelo autuante em sua informação fiscal para, ao final, pedir a improcedência parcial do Auto de Infração ou o julgamento pela nulidade, em face dos erros e falhas na sua lavratura.

Em face da nova manifestação do autuado, o autuante em pronunciamento à fl. 119, aduziu que lhe causou estranheza, o fato de ter sido dado pela repartição fiscal ciência ao autuado dos termos de sua informação fiscal, haja vista que foi anexada tão somente na ocasião apenas a cópia da intimação fiscal, cujo documento não se constitui em “novo demonstrativo ou levantamento”, hipótese que ensejaria nova manifestação da empresa, a teor do que dispõe o art. 129, § 7º, do RPAF.

Ressalta que, caso fosse admitida nova intimação ao autuado, para simples informação de juntada de um documento – que não se traduz num fato novo, o prazo para que o autuado se manifeste é de dez dias, conforme previsto no art. 18, parágrafo 1º, do RPAF, ao invés de trinta dias.

Ao analisar o presente PAF objetivando a sua instrução, face à controvérsia entre a defesa e a autuação, foi proposta por este Relator e aceita pela 4ª JJF, a conversão do mesmo em diligência a ASTEC, para que Auditor Fiscal a ser designado, à vista dos livros e documentos do autuado, efetuasse as verificações fiscais que julgar necessárias para dirimir o impasse, relativamente às infrações imputadas.

O Auditor Fiscal designado, em Parecer às fls. 123 e 124 dos autos, esclareceu que ao desenvolver os trabalhos diligenciais, lavrou duas intimações em 21/11 e 04/12/2001, para que o autuado apresentasse livros e documentos fiscais, todavia, não foi atendido. Frisa que, foram feitas no período compreendido entre as duas intimações, várias ligações para a empresa responsável pela escrita fiscal e contábil do autuado, que tem como proprietário o Sr. Jorge Ferraz, bem como para a representante legal da empresa, a Sra. Daniela Duarte, porém, não obteve êxito.

O CONSEF em despacho a fl. 134, encaminhou o PAF a INFRAZ BONOCÔ, para que fosse dada ciência ao autuado e ao autuante do resultado da diligência da ASTEC, o que foi cumprido, conforme declaração do preposto fiscal na folha acima e do procurador da empresa no verso da fl. 135.

Em nova intervenção às fls. 139 a 143, o autuado apresentou outros argumentos defensivos, ao invés de se pronunciar sobre a conclusão da diligência conforme consignado na intimação expedida pela INFRAZ BONOCÔ.

A 4ª JJF após analisar as peças processuais, fundamenta e prolatada o seguinte voto:

“Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pela defesa, segundo a qual a ação fiscal teria contrariado o disposto no art. 28, I, do RPAF/99. É que consta à fl. 7 dos autos o Termo de Início de Fiscalização lavrado pelo autuante para documentar a ação fiscal. O fato de no mesmo não constar à assinatura da empresa, não enseja a nulidade do lançamento fiscal, em meu entendimento, pois o autuado tinha conhecimento que iria ser fiscalizada conforme assinatura do seu representante legal no Termo de Intimação anexado pelo autuante à fl. 92, por ocasião da informação fiscal.

Adentrando no mérito da autuação e após a análise das peças que o compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 – diz respeito a entradas de mercadorias tributadas no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, pelo que foi cobrada a multa de 10% no valor de R\$80.085,67.

Para instruir a ação fiscal, foram anexadas pelo autuante às fls. 8 a 47, a relação das notas fiscais não escrituradas e as xerocópias das mesmas, nas quais constam como destinatário das mercadorias o estabelecimento autuado.

Sobre a defesa formulada, razão assiste ao autuado em relação às Notas Fiscais nºs 607, de 03/02/99, 702, de 26/03/99 e 0240, de 06/08/99, cujas notas foram devidamente escrituradas no Livro Registro de Entradas às fls. 3, 8 e 26, respectivamente, conforme cópias anexadas pela defesa do referido livro (ver fls. 82 a 84).

Ressalto, no entanto, que em relação às Notas Fiscais de nºs 607 e 702, as mesmas foram lançadas em valores inferiores ao total da operação. Todavia, o RICMS/97, em seu artigo 915, IX, prevê a multa de 10%, nos casos de falta de escrituração, razão pela qual entendo que deva ser excluída da autuação a multa cobrada no valor de R\$7.373,59 (10% de R\$73.735,88).

Com relação às demais notas fiscais, o autuado reconheceu que algumas que indicou à fl. 81 não foram lançadas em sua escrita fiscal.

No tocante as notas fiscais que também indicou à fl. 81 dos autos como lançadas em sua escrita, não acato o argumento defensivo. Como justificativa, esclareço que ao compulsar à fl.33 do Livro Registro de Entradas anexado pela defesa (ver fl. 85) e cotejá-la com a folha do mesmo livro juntada pelo autuante à fl. 48, a qual foi exibida por ocasião da ação fiscal, constatei que foi lançada como entradas no mês 10/99 apenas a Nota Fiscal de nº 0235, datada de 01/10/99. Tal fato permitiu a este Relator concluir que os lançamentos das notas fiscais foram efetuados pelo autuado após a ação fiscal, já que a empresa utiliza o sistema de escrituração por processamento de dados, cujo livro somente é autenticado pela repartição fiscal, após o encerramento do exercício social.

Saliento, ainda, que se fosse procedente o argumento defensivo, por que então o autuado não apresentou os livros e documentos ao Auditor Fiscal diligente, o qual expediu nada menos que duas intimações ao autuado, sem que fosse atendido?

Acerca da alegação defensiva, segundo a qual ao invés de ser aplicada a multa, deveria ter sido cobrado imposto, não concordo com tal entendimento. De acordo com o RICMS/97, ao ser detectado a falta de escrituração de notas fiscais de compras de mercadorias na escrita do contribuinte, tanto pode ser cobrado o imposto por presunção de omissão de saídas anteriormente efetuadas sem a emissão de notas fiscais ou a multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas.

Quanto ao pleito do autuado de deduzir o crédito fiscal destacado nas notas fiscais não lançadas, entendo não ser possível tal compensação, a qual somente é admitida nas situações descritas no art. 101, do RICMS/97.

Com base na explanação acima, considero parcialmente correta a exigência fiscal no valor de R\$72.712,08, conforme demonstrativo a seguir:

Ocorrência	Vencimento	Base de cálculo	% de multa	Valor
28/02/99	09/03/99	58.873,79	10%	5.887,38
31/03/99	09/04/99	96.933,36	10%	9.693,33
30/04/99	09/05/99	38.038,44	10%	3.803,84
30/09/99	09/10/99	1.499,00	10%	149,90
31/10/99	09/11/99	176.871,02	10%	17.687,10
30/11/99	09/12/99	172.410,57	10%	17.241,05
31/12/99	09/01/00	182.494,82	10%	18.249,48

TOTAIS	727.121,10	-	72.712,08
--------	------------	---	-----------

Infração 2 - reporta-se a utilização indevida de crédito fiscal, destacado em documentos fiscais inidôneos, assim considerado pelo fato do pseudo-emissor encontrar-se baixado no Cadastro de Contribuintes do ICMS desde abril/99, enquanto que nas notas fiscais constam como emitidas nos meses de outubro, novembro e dezembro/99.

Como prova da infração, foram juntadas pelo autuado aos autos às fls. 48 a 53, as cópias das folhas do Livro Registro de Entradas do autuado, onde estão escrituradas as Notas Fiscais nºs. 235, 365 e 487, com os valores da base de cálculo e do imposto creditado, cujas datas de entradas foram nos dias 01/10, 01/11 e 01/12/99, respectivamente, tendo como pseudo-emissor a IMMUNOFARMA, empresa baixada do Cadastro de Contribuinte do ICMS desde 27/04/99, conforme comprova o extrato do SIDAT à fl. 54;

Sobre o argumento defensivo, segundo o qual os créditos fiscais utilizados são oriundos de documentos idôneos, além de que não foram apresentados pelo Fisco os referidos documentos, considero sem nenhum fundamento.

Consoante já demonstrado acima, as Notas Fiscais de nºs 0235, 0365 e 0487 foram emitidas em datas posteriores ao do encerramento das atividades da empresa tida como emitente.

Para corroborar o meu entendimento, o art. 209, VII, “a”, do RICMS/97, considera inidôneo, fazendo prova apenas em favor do fisco, o documento fiscal emitido por contribuinte fictício ou que não estiver mais exercendo suas atividades.

Quanto à alegação defensiva de que não foram apresentadas pelo fisco as notas fiscais, cujos créditos fiscais foram glosados, considero-a risível, uma vez que os mesmos estão de posse da empresa, já que foi a própria quem promoveu o seu lançamento em sua escrita fiscal, com a apropriação dos créditos nelas consignados.

Desse modo, entendo correta a exigência fiscal, já que restou comprovado nos autos que não houve qualquer operação comercial envolvendo o autuado e o pseudo-emissor dos documentos fiscais, cuja vedação ao crédito fiscal está prevista no art. 97, VII, do RICMS/97.

Infração 3 – refere-se a recolhimento a menos do imposto, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro RAICMS.

Em sua defesa, o autuado se limitou a alegar que por erro na apuração, não existe débito e sim saldo credor, o que não concordo. É que ao examinar os documentos de fls. 65 e 66 (cópias do RAICMS e do DAE, referentes ao mês de dezembro/99), este Relator constatou que o autuado declarou como imposto a recolher a importância de R\$1.848,98, porém, só recolheu através de DAE o valor de R\$1.085,38, o que implicou num recolhimento a menos no importe de R\$763,60, pelo que mantendo a autuação.

Sobre as outras alegações defensivas, entendo impertinente, pois não têm qualquer correlação com a acusação imputada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA FACIAL do Auto de Infração, para exigir ICMS no valor de R\$85.534,60, além da multa de R\$72.712,08.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0233-04/02. (fls. 161 a 190).

Fundamenta a interposição do Recurso e comenta os equívocos cometidos pelo julgamento recorrido, que se deu face à forma atabalhoada com que o autuante coletou dados no material a ser fiscalizado.

Como erro mais relevante, destaca-se a inclusão de notas fiscais, item 2 do Auto de Infração, sem que as mesmas sejam parte da escrita fiscal regular da empresa, logo ficando o presente Auto de Infração viciado e, por conseguinte, irregular, caracterizando o excesso de exação.

Afirma que o autuante recebeu da empresa, todo o material fisco-contábil inerente ao exercício de 1999, livros reconhecidos pelo fisco como oficiais da empresa.

Comenta equívoco do julgador quando se refere ao ICMS a pagar no mês de dezembro de 2000, e na realidade o mês em questão é dezembro de 1999.

A seguir discerne sobre comentários do autuante acerca da ciência de informações contidas nos autos, bem como prazo para manifestação da empresa.

Cita fato importantíssimo omitido, quando da oportunidade de manifestação, sobre os novos elementos requisitadas, ratificou a sua defesa, e apresentou em tempo hábil, cópia autenticadas dos livros Registro de Entradas e apuração do ICMS. A referida omissão prejudica a verdade material dos fatos, pois não demonstra a juntada de documentos autênticos, divergentes dos juntados pelo autuante.

Com referência ao silêncio em relação ao pedido de nova apresentação de livros e documentos, não significa recusa em fornecê-los, posto que, continuam a disposição do fisco, e já constam dos autos (fls. 107 a 117, devidamente autenticados).

Quanto ao mérito argúi que o julgador deixou de considerar a realidade fática legal, e os documentos oficiais anexados.

Se o fisco não apresenta prova de forma cabal e irrefutável, das acusações imputadas ao contribuinte, não pode o julgador, por mera abstração e presunção, condená-lo.

Afirma que o autuante instruiu sua ação fiscal, com uma relação de notas fiscais, por ele atribuído, como não escrituradas pelo autuado, ficando o contribuinte, responsável pelo pagamento da também suposta diferença e consequente multa.

A alegação de que a escrita fiscal do autuado foi forjada, tem que ser devidamente comprovada no processo, não sendo possível mera suposição. Garante possuir escrita regular, devidamente autenticada pela SEFAZ, sendo portanto documentação oficial e material probante a ser objetivamente fiscalizado.

Para caracterizar o equívoco cometido pelo julgador, atribuindo ao contribuinte a escrituração posterior dos livros fiscais da empresa, argumenta que seu sistema de escrituração fiscal por processamento de dados, à autenticação pela repartição fiscal, só se dá após o exercício fiscal encerrado.

Os livros foram devidamente encadernados e autenticados, logo após o exercício fiscal de 1999, antes do inicio da ação fiscal, ficando impossível a fraude atribuída, consequentemente descabida a presunção.

Quanto as Notas Fiscais números 235, 265 e 487, tidas com inidôneas porque emitidas por empresa com Inscrição baixada, não é possível pois, a empresa só recebe certidão de baixa após

entregar todas suas notas fiscais, inclusive as não utilizadas ao órgão fiscalizador, conforme preceitua o artigo 167, do RICMS/97.

Não nega que houve falha nos seus lançamentos contábeis, tanto que apresenta notas fiscais que não foram devidamente escrituradas, requerendo que o fisco as considere conforme previsto pelo artigo 114, do RICMS vigente.

Entende que a negativa do relator em não cobrar o imposto, optando pela cobrança da multa, não é fundamentada e não encontra amparo legal. Transcreve trecho do voto do relator sobre esta questão. Cita a seguir o artigo 112, do CTN para fundamentar que o fisco deve adotar quando existe opção, a menos onerosa para o contribuinte, conforme inclusive tem decidido este CONSEF em outros julgados.

Pede que lhe seja concedido o direito ao crédito, das Notas Fiscais juntadas aos Autos, e espera que, pelos documentos acostados e fundamentos legítimos apresentados, requer seja PROVIDO este Recurso, e que o Auto de Infração seja julgado IMPROCEDENTE.

A PROFAZ analisa a petição recursal, sugere que seja retificado o erro de grafia referente ao mês de dezembro de 1999, e que as razões e argumentos apresentados são os mesmos que vem trazendo desde a primeira vez que se manifestou nos autos, os quais, foram amplamente analisados pela JJF.

Afirma que o voto do relator está perfeitamente fundamentado, e as razões agora novamente apresentadas, são inócuas e inaptas para modificarem o julgamento guerreado.

Opina pelo IMPROVIMENTO do Recurso.

VOTO

Neste Recurso Voluntário sou compelido a concordar integralmente com o Parecer PROFAZ exarado as folhas de n^{os} 199 e 200 dos autos.

O voto prolatado pela decisão recorrida e constante deste relatório, praticamente aprecia todos os fundamentos agora e de novo apresentados.

As peças processuais componentes deste PAF, em nada socorrem as assertivas da petição recursal.

A Diligência determinada intima por duas vezes o autuado para apresentação de documentação fiscal, e não é atendida.

A afirmação de que a escrita está perfeita e continua à disposição do fisco, não tem mais pertinência neste momento. Caberia sim, uma consubstanciada demonstração da realidade afirmada pelo Recurso.

As notas fiscais consideradas inidôneas, pois emitidas por empresa baixada, não tem condições de serem consideradas, pois, emitidas em datas posteriores ao encerramento da mesma.

Contestar os fundamentos que respaldaram a decisão, só com fatos e outros fundamentos robustos e capazes de demonstrar suas razões, apenas arguir não atinge nenhum objetivo.

Concordo integralmente com os fundamentos constantes da Resolução Recorrida, e por não vislumbrar na petição recursal, fato ou fundamento que possa alterar o julgado, concordo com a PROFAZ, e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 277830.0001/00-4, lavrado contra **IMMUNOSERVICE REPRESENTAÇÃO DE PRODUTOS LABORATORIAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$85.534,60**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60%, sobre R\$763,60 e 100% sobre R\$84.771,00, previstas no art. 42, II, “b” e V, “j”, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **R\$72.712,08**, atualizado monetariamente, prevista no inciso IX, dos mesmos artigo e diploma legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de outubro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ