

PROCESSO - A.I. Nº 232856.0008/02-3
RECORRENTE - COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0328-02/02
ORIGEM - INFRAZ JEQUIÉ
INTERNET - 18.12.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0441-11/02

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constataram-se, em exercício aberto, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, estando as mercadorias ainda fisicamente em estoque, é devido o pagamento do imposto pelo sujeito passivo, na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de terceiros, desacompanhadas de documentação fiscal, inclusive quanto à antecipação tributária e respectivo valor adicionado, além da multa relativa à falta de cumprimento de obrigação acessória pelas saídas sem documentação fiscal de mercadorias não tributáveis (diferença de entradas), bem como do imposto de sua responsabilidade direta, relativo à omissão de saídas. Refeitos os cálculos mediante revisão efetuada pelo autuante, ficou reduzido o imposto originalmente reclamado. 2. 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. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo em relação ao Acórdão nº 0328-02/02 da 2ª Junta de Julgamento Fiscal que decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência.

Originalmente o Auto de Infração em tela foi lavrado para exigir o pagamento do ICMS e multa no montante de R\$372.906,77 de imposto, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior

expressão monetária, a de saídas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício aberto.

2. Operações de saídas de mercadorias isentas e/ou não tributáveis, efetuadas sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem a respectiva escrituração, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício aberto.
3. Falta de recolhimento do imposto pela constatação da existência de mercadoria em estoque desacompanhada da respectiva documentação fiscal, atribuindo-se ao seu detentor a condição de responsável solidário, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, valores apurados mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício aberto.
4. Falta de recolhimento do imposto na condição de responsável solidário por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de Substituição Tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício aberto.
5. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, conforme percentuais de margem de valor adicionado, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documento fiscal, decorrente da omissão do registro em sua escrita de entrada de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, exercício aberto.
6. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios.
7. Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença de alíquotas, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do estabelecimento.
8. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88 do RICMS-BA.

Os itens 1 a 5 são todos decorrentes do levantamento quantitativo no estoque, exercício em aberto, período de 01/01/2002 a 09/04/2002 sendo que o débito pertinente aos mesmos foi reduzido para a quantia de R\$20.883,04 mais multa de R\$40,00 conforme demonstrativo à fl. 956 dos autos, enquanto que os demais itens foram julgados Procedentes.

Irresignado, em parte, com a Decisão da 2^a JJF o sujeito passivo ingressou com Recurso Voluntário argüindo ilegitimidade passiva quanto a exigência do ICMS por substituição tributária nas operações internas com açúcar, itens 4 e 5, e, discordou integralmente em relação ao item 6 que trata de falta de registro e contabilização de notas fiscais de compras.

Após fundamentar e afastar todas as preliminares de nulidade levantadas pelo recorrente, a 2^a JJF, em relação aos itens acima, decidiu a lide nos termos abaixo reproduzidos:

“Os itens 1 a 5 do Auto de Infração são decorrentes de levantamento quantitativo de estoques, referente ao período de 01/01/2002 a 09/04/2002, exercício aberto, sendo constatadas tanto diferenças de saídas como de entradas de mercadorias tributáveis, e exigido o imposto relativamente às diferenças encontradas.

Inconformado com o levantamento quantitativo de estoques, o autuado apresentou defesa, incluindo relação de mercadorias e respectivos equívocos constatados nos demonstrativos elaborados pelo autuante, relativamente aos itens, açúcar, arroz, óleo de soja, sabão, seijão, charque frisul, farinha de trigo e desinfetante.

O autuante informou que reconhece os equívocos apontados nas razões de defesa, e por isso, os cálculos foram refeitos e anexados aos autos novos demonstrativos, fls. 872 a 939 do PAF. Assim, efetuadas as necessárias retificações, foram alterados os valores do imposto exigido nas infrações 1 a 5, conforme quadro abaixo:

ITEM DO A I	DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DE VENCIMENTO	VALOR DO DÉBITO R\$	MULTA	FOLHA DO PAF
1	01/04/2002	09/05/2002	5.279,43		907
1	09/04/2002	09/05/2002	3.424,17		938
2	09/04/2002	09/05/2002		40,00	908 / 939
3	01/04/2002	09/05/2002	2.385,33		905
3	09/04/2002	09/05/2002	3.197,43		934
4	01/04/2002	09/05/2002	339,60		904
4	09/04/2002	09/05/2002	3.512,31		936
5	09/04/2002	09/05/2002	37,22		906
5	01/04/2002	09/05/2002	2.707,55		937
T O T A L			20.883,04	40,00	-

Vale ressaltar, que em decorrência da informação fiscal e dos novos demonstrativos acostados aos autos pelo autuante, o contribuinte foi intimado a tomar conhecimento e se manifestar, querendo, conforme intimação de fl. 941 do PAF, cujo recebimento está comprovado pelo "AR" de fl. 942, sendo apresentadas novas razões de defesa. Entretanto não foi trazido aos autos pelo defensor nenhum fato novo.

Considerando que se trata de exercício aberto, sendo apuradas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias tributáveis, o imposto apurado está conforme discriminação a seguir:

- É devido o imposto de responsabilidade direta do autuado relativo à omissão de saídas (infração 1), conforme art. 15, inciso I, alínea "b", Portaria nº 445/98, combinado com o art. 60, inciso II, alínea "a", do RICMS/97;
- Multa por descumprimento de obrigação acessória, relativamente à omissão de saídas de mercadorias isentas ou não sujeitas à tributação (infração 2), conforme art. 5º, inciso III, Portaria nº 445/98 (RICMS/97, art. 915, inciso XXII);
- Considerando que ainda existiam mercadorias em estoque, é devido o imposto pelo sujeito passivo na condição de responsável solidário, por ser detentor de mercadorias recebidas de

terceiros desacompanhadas de documentação fiscal (omissão de entradas – infração 3), conforme art. 15, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 e RICMS/97, art. 39, V;

- *Quanto às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, é devido o imposto relativo à omissão de entradas, por ter adquirido de terceiros mercadoria desacompanhada de documentação fiscal (infração 4), conforme art. 10, inciso I, alínea “a”, Portaria nº 445/98 (RICMS/97, art. 39, V);*
- *É devido também, o imposto apurado em função do valor acrescido, de acordo com os percentuais de MVA previstos no Anexo 88 do RICMS/97 relativamente às mercadorias sujeitas a antecipação tributária, cuja diferença de entrada foi apurada e as mercadorias ainda encontravam-se em estoque (infração 5), conforme art. 10, inciso I, alínea “b”, Portaria nº 445/98.*

A infração 6, trata da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo alegado pelo defensor que as notas fiscais por ele relacionadas nas razões de defesa, não foram escrituradas por se tratar de mercadorias que sofrem o pagamento antecipado pelo remetente, e quanto ao restante das notas fiscais relacionadas pelo autuante, é necessário que sejam apresentadas as provas da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento do autuado.

Além das questões relacionadas ao sistema CFAMT, e quanto ao imposto recolhido pelo remetente pelo Regime de Substituição Tributária, não foram apresentadas pelo defensor elementos para elidir a acusação fiscal, e o fato apontado no Auto de Infração foi confirmado pelo autuado, que também declarou desconhecer parte das notas fiscais. Entretanto, entendo que não devem ser acatadas as alegações defensivas, uma vez que foram elaborados pelo autuante os demonstrativos do imposto apurado e anexadas aos autos as vias dos documentos fiscais retidas pelo fisco, no trânsito de mercadorias, constando os dados referentes ao autuado, além do número e série da nota fiscal, CGC do emitente e Estado de origem, conforme fls. 71 a 380 do PAF.

De acordo com o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, a ocorrência de entradas de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto. Considerando que o contribuinte não apresentou qualquer prova da improcedência da presunção, entendo que é subsistente a exigência do imposto, por se tratar de presunção de saídas anteriores”.

Diane da situação acima exposta, o recorrente, em sede de Recurso Voluntário, preliminarmente argui ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo no tocante a exigência recaída sobre as operações envolvendo “açúcar” no presente Auto de Infração ao argumento de que, “no caso em tela, a obrigação de responder pelo pagamento do imposto antecipado cabe aos remetentes e não aos destinatários das mercadorias, em face de disposições legais que versam sobre as operações com mercadorias sujeitas à substituição tributária por antecipação tributária, nas saídas internas”.

Afirma que o pagamento do imposto referente a tais aquisições já foi efetuado, aduzindo também que a possibilidade de existência de infração à legislação deveria ser atribuída a quem praticou a infração ou, quando muito, a quem concorresse para tal, ou seja, o remetente das mercadorias.

Cita e analisa o art. 353 do RICMS/BA, menciona doutrina e a Resolução nº 1.540/97 para embasar seus argumentos ao tempo em que, ao final, requer a Nulidade do Auto de Infração “pela ilegitimidade passiva suscitada e demonstrada”.

Quanto ao mérito, reporta-se, apenas, a infração 6, afirmando que as compras que realizou representam apenas aquelas que estão registradas nos seu livro Registro de Entradas e afirma que as notas que deixaram de ser registradas referem-se as que tiveram o imposto antecipado pelo remetente bem como aquelas cujas mercadorias não ingressaram em seu estabelecimento.

Acrescenta que em relação “ao restante das notas fiscais constantes do demonstrativo elaborado pelo autuante” é necessário que o autuante apresente a prova da efetiva entrada de tais mercadorias em seu estabelecimento já que não as recebeu. Diz que a acusação pertinente a este item não passa de presunção de que as mercadorias arroladas nos anexos respectivos e acostadas ao processo como se fosse prova material da infração, revestindo-se em suposição de que o contribuinte recebeu tais mercadorias.

Afirma que o autuante não traz aos autos “qualquer rastro, qualquer pista, qualquer indício que possa comprovar suas alegações” e invoca o art. 81 do Código Civil para alegar que “o ônus da prova cabe a quem alega”. Aduz que a ação fiscal é Nula por faltar objeto jurídico e interesse de agir pois lhe falta a prova material da infração, cujo fato gerador do ICMS ocorreu no momento da emissão das notas fiscais de saídas do estabelecimento remetente.

Em conclusão requer a modificação do Acórdão recorrido para que seja julgado Nulo o Auto de Infração em tela, com deferimento dos pedidos feitos na inaugural da defesa, os quais pede que sejam considerados parte integrantes do presente Recurso.

Através de Parecer exarado à fl. 987 dos autos a Douta PROFAZ entende que o recorrente repete os argumentos da defesa, que a peça recursal não traz impugnação específica ao lançamento e que a preliminar de legitimidade não tem como prosperar, mormente ante sua condição de substituto nas infrações 4 e 5, não havendo o devido recolhimento é do recorrente o ônus do pagamento.

Quanto ao item 6 diz que, ao contrário do que alega o recorrente, o ônus da prova de não recebimento das mercadorias é da sua responsabilidade, o qual não trouxe qualquer prova da não aquisição das referidas mercadorias, razão pela qual não há como prosperar sua tese. Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Realmente a preliminar de ilegitimidade passiva suscitada pelo recorrente não há como prosperar mesmo porque, como o devido respeito, penso que o recorrente não assimilou corretamente a infração apurada.

A exigência fiscal pertinente ao levantamento quantitativo, em exercício aberto, após as correções processadas pelo autuante quando da informação fiscal e científicas ao recorrente que, inclusive, se manifestou a respeito das mesmas, ficou demonstrada na forma abaixo:

- Omissão de entradas – ICMS normal, sobre caninha 51 e charque, R\$ 339,60, fl. 904 dos autos;
- Omissão de entradas mercadorias existentes no estoque, ervilha, feijão e sabão, R\$2.385,33, fl. 905 dos autos;
- Omissão de entradas – substituição tributária, caninha 51 e charque, R\$37,22, fl. 906;

- Omissão de saídas em quantidades superior às omissões de entradas. Mercadorias não mais existentes no estoque, demonstrativo fls. 907, R\$5.279,43;
- Omissão de saídas de mercadorias isentas ou não tributadas: açúcar, conhaque Dômus e farinha de trigo: Multa de R\$40,00;
- Omissão de entradas de mercadorias tributadas, ainda existentes no estoque, R\$3.197,43, demonstrativo fl. 934;
- Mercadorias sujeitas a substituição tributária, omissão de entradas, exigência do imposto: açúcar, caninha 51, charque e farinha de trigo; R\$3.512,31, fl. 936;
- Antecipação tributária sobre as mercadorias citadas no item anterior R\$2.707,55, fl. 937;
- Omissão de saídas superior a omissão de entrada, mercadorias não mais em estoque; R\$3.424,17, fl. 938.

Conforme se observa no quadro acima, as exigências remanescentes pertinentes ao açúcar refere-se à omissão de entradas de 10.800 kg, fl. 936, sobre o qual exigi-se o imposto normal, por responsabilidade solidária, na quantia de R\$862,92 e, sobre essa mesma omissão, exigi-se o imposto, também por solidariedade, porém pertinente a falta de antecipação tributária no valor de R\$18,36, demonstrativo fls. 937.

Portanto, não se está exigindo imposto de forma específica sobre operações internas com açúcar conforme argui o recorrente e sim, apurado através de levantamento quantitativo onde se constatou omissão de entradas deste produto, sendo, pois, correta a exigência fiscal, consoante esclarece as normas estabelecidas pela Portaria nº 445/98.

Dante disto fica afastada a preliminar de nulidade levantada pelo recorrente pelo fato de não se configurar a alegada ilegitimidade passiva por não se tratar de exigir nos autos imposto de responsabilidade do remetente em operações internas com açúcar.

Quanto à infração 6 o recorrente também não teve sucesso nos seus argumentos. A prova material da infração está presente nos autos através das cópias das notas fiscais retidas nos postos fiscais pela fiscalização do trânsito de mercadorias, todas emitidas por contribuintes localizados em outros estados, muitos dos quais nacionalmente conhecidos e que realizaram diversas operações com o recorrente.

Não resta a menor dúvida de que o recorrente adquiriu as mercadorias indicadas nas notas fiscais que lhe foram destinadas, a exemplo das aquisições, efetuadas na empresa Embrapac Equipamentos S/A, referente a equipamentos/máquinas para encher e fechar embalagens, onde os autuantes tiveram o cuidado de retirar o decalque das respectivas plaquetas de identificação quando da contagem física do estoque e os anexou aos autos à fl. 21. Por igual, existe, a aquisição, também a título de exemplo, de um transformador junto a empresa Siemens do Brasil cujos pagamentos efetivados a ambos não foram contabilizados, o que configura e respalda a presunção legal de que tais pagamentos ocorreram com o produto de vendas de mercadorias tributáveis também não contabilizadas, presunção esta, não elidida pelo recorrente. Estes exemplos estendem-se as demais aquisições cujas notas fiscais estão juntadas aos autos.

Dante dos elementos constantes nos autos entendo desnecessário a realização de qualquer tipo de diligência para juntada de outros elementos de prova e, em razão de todo o exposto, acolho o

opinativo da Douta PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário para que seja mantida, integralmente, a Decisão Recorrida.

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 232856.0008/02-3, lavrado contra COMÉRCIO DE ALIMENTOS RIO BAHIA LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$352.706,11, sendo R\$225.426,96, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$11.839,17 e 70% sobre R\$213.587,79, previstas no art. 42, II, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$127.279,15, acrescido das multas de 60% sobre R\$15.169,41 e de 70% sobre R\$112.109,74, previstas no art. 42, II, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa de R\$40,00, prevista no art. 42, XXII, da lei retromencionada.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ