

PROCESSO - A.I. N° 207160.0001/02-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA.
RECORRIDOS - ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 2º JJF nº 0065-02/03
ORIGEM - IINFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 08.10.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0514-11/03

EMENTA: ICMS. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Modificada a Decisão. A existência no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes autoriza a presunção legal da ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão do correspondente documento fiscal, e sem o pagamento do imposto devido. Não acolhidas às argüições preliminares de nulidade do Auto de Infração. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício processado pela 2ª JJF nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", item 1 do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, e Voluntário apresentado pelo autuado ao Acórdão n.º 0065-02/03, que julgou o presente Auto de Infração procedente em parte, por Decisão unânime de seus membros.

O presente Auto de Infração reclama ICMS no valor de R\$ 691,220,43, sob acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis no montante de R\$4.066.002,52, apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, referente aos exercícios de 1999 e 2000.

Na sua defesa, o contribuinte acostou cópias de diversos pagamentos acompanhados de cheques, avisos bancários, vouchers, razão contábil, notas fiscais e DOCs (docs. fls. 326 a 1022), para fazer prova de seus argumentos, e no final admitiu a existência do valor de R\$465.401,43 como “diferença não comprovada”, que resultaria no ICMS de R\$79.118,24, em razão da exiguidade de tempo, vez que se trata de documentos antigos, de difícil localização no seu arquivo, que lhe impidiu de demonstrar ser inverídica a acusação de “manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”.

Os autuantes, na sua informação fiscal, acataram parcialmente as razões defensivas e elaboraram novo demonstrativo, apontando o valor de ICMS a ser exigido de R\$559.032,52.

O autuado, cientificado dos novos elementos trazidos ao PAF, reiterou o seu pedido de improcedência da autuação, por entender que restou comprovado que todos os pagamentos foram efetuados através de cheques.

Não obstante, a 2ª JJF julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de ICMS de R\$559.032,52 (apontado pelos autuantes na informação fiscal), sob a seguinte fundamentação:

“Considerado que o autuado não rebateu as alegações prestadas na informação fiscal, passo a considerar os valores apurados na informação fiscal, pois, de acordo com a legislação

tributária, considera-se como verídico o fato alegado por uma das partes quando a outra não contestar.”

No Recurso Voluntário, em preliminar, o recorrente argüiu a nulidade do Auto de Infração, pelas seguintes razões:

1. O Auto de Infração fora lavrado fora do prazo de validade da ação fiscal, que, de acordo com a legislação vigente, é de 60 (sessenta) dias, pois esta se iniciou em 09-01-2002, foi prorrogada em 28-02-2002, em 30-04-2002 e 02-07-2002, e a autuação se deu em 17-10-2002. Assim, se os prepostos fiscais necessitaram estender a fiscalização além do dia 31/08, deveriam lavrar outro termo de prorrogação da fiscalização. Como não o fizeram, o Auto de Infração é nulo de pleno direito;
2. no Auto de Infração está consignado que a irregularidade cometida pela empresa foi “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes”, todavia não foi dito como a possível manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes levaria à evidência que teria havido omissão de saída de mercadorias, pois o fato descrito, se verdadeiro, caracterizaria, apenas um erro de escrituração contábil, jamais uma evidência que a empresa praticou omissão de saída de mercadorias tributadas;
3. no Auto de Infração existe a afirmativa que no passivo havia obrigações já pagas ou inexistentes, sem, contudo, esclarecer de que passivo se trata: “Fornecedores, Impostos a Pagar, Empréstimos ou outro tipo de obrigação?”. Não sendo capaz o Auto de Infração de fundamentar com precisão a acusação, o mesmo deve ser considerado nulo, segundo o que determina o art. 18, IV, do RPAF/99. Aponta 8 (oito) quesitos a serem respondidos que tratam desta nulidade.

No mérito, o recorrente repetiu os seus argumentos defensivos para concluir requerendo a nulidade da autuação ou a sua procedência parcial, no valor que admitiu não ter conseguido comprovar os pagamentos.

A representante da PGE/PROFIS sugeriu, e esta 1^a CJF, na sessão realizada em 15-04-03, deliberou que o PAF fosse encaminhado à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito promovesse o cotejamento necessário nos documentos apresentados pelo autuado em confronto com os demonstrativos dos autuantes, e apontasse qual o montante de obrigações já pagas ou inexistentes que por ventura o contribuinte tenha mantido no seu passivo.

Em atendimento à diligência solicitada, o preposto da ASTEC intimou o autuado para apresentação da documentação comprobatória da quitação das obrigações com os fornecedores, ainda remanescentes sem as devidas comprovações, acorde planilha apresentada pelos autuantes em sua informação fiscal, discriminando cada fornecedor e o respectivo valor da obrigação.

Informou que a documentação apresentada se constitui nas cópias de dez cheques da conta do autuado, nominais ao próprio estabelecimento bancário, com os seus respectivos extratos, e das notas fiscais cujo somatório perfazem o total do valor de cada cheque. Pontuou, ainda, que algumas das notas fiscais apresentadas para compor o valor de cada cheque não constam na listagem elaborada pelos autuantes, ou seja, não integram o montante de obrigações detectado na conta Fornecedores, objeto do Auto de Infração, exercício 1999.

Firmou que, com relação à escrituração, verificou que todos os pagamentos, cuja documentação fora apresentada pelo autuado, encontram-se devidamente escriturados nos livros Diário e Razão Analítico da empresa e ocorreram no período de abril a agosto de 2000.

Concluiu que, caso seja o entendimento desta Câmara de Julgamento Fiscal acatar a documentação que examinou, restaria comprovada parcialmente a baixa das obrigações com

fornecedores referentes ao exercício de 1999, remanescente, sem comprovação o valor de R\$642.711,85, que geraria o ICMS, à alíquota de 17%, de R\$109.261,01, e se, ao revés, tal documentação não deva ser levada em consideração, o valor a ser exigido é aquele apresentado pelos autuantes na sua informação fiscal, a saber, R\$528.526,69 (valor da condenação em 1^a Instância).

Quanto ao exercício de 2000, nenhum documento foi apresentado, o que lhe levou a apontar o valor com a correção procedida pelos autuantes na informação fiscal, que monta R\$30.505,83.

A representante da PGE/PROFIS, em novo Parecer, disse que a diligência realizada pela ASTEC foi precisa e minuciosa e trouxe à conclusão novos valores para o débito apurado, porém ressalvando que a questão da aceitação das provas é análise do julgador.

Diante desse questionamento, entendeu que, tratando-se de passivo fictício, envolvendo conta fornecedores, manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes é efetivamente matéria de prova, e que, na verdade, o recorrente trouxe aos autos a prova material suficiente e necessária a elidir a acusação, que foram cheques e extratos de sua conta bancária, relacionadas com notas fiscais equivalentes nos valores consignados, e informou que, com base nessas provas, o diligente elaborou nova planilha para o exercício de 1999, já o mesmo não ocorreu em relação ao exercício de 2000, o que fez o revisor manter os valores trazidos pelos autuantes.

Opinou que deve ser aceita a revisão fiscal realizada pelo auditor da ASTEC e Provídio Parcialmente o presente Recurso Voluntário.

VOTO

Início apreciando as três preliminares de nulidade suscitadas pelo recorrente.

Quanto à primeira, efetivamente, o § 1º, do art. 28, do RPAF/99, preconiza que o procedimento de fiscalização deverá ser concluído no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogável mediante comunicação escrita da autoridade competente por iguais períodos consecutivos. Só que o mesmo dispositivo prevê que, esgotado este prazo e não sendo prorrogado, a consequência é a devolução ao sujeito passivo do seu direito à denúncia espontânea, enquanto não for iniciado novo procedimento fiscal, direito este que não foi exercido pelo contribuinte autuado.

Ademais, este Colegiado já tem jurisprudência formada de que a falta de prorrogação do Termo de Início de Fiscalização não implica em nulidade do Auto de Infração, até porque o § 2º, do art. 18, do RPAF, determina que não se declarará a nulidade se o ato praticado de forma diversa houver atingido a sua finalidade.

Com relação à segunda, que se confunde com o próprio mérito da autuação, esclareço que a exigência deriva da presunção legal da ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributadas, em razão da constatação da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes (§ 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96).

A terceira preliminar é totalmente despropositada, pois o contribuinte recebeu cópia dos demonstrativos elaborados pelos autuantes, conforme recibo à fl. 14 dos autos. Tanto é assim, que exerceu plenamente o seu direito de defesa, alcançando, parcialmente, êxito no julgamento ora recorrido.

Portanto, deixo de acolher as argüições preliminares de nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao Recurso Voluntário, com a devida *venia* da representante da PGE/PROFIS, devo discordar do seu opinativo.

O que se vê na diligência realizada pelo proposto da ASTEC é que foram apresentados cópias de dez cheques da conta do autuado, nominais ao próprio estabelecimento bancário, com os seus respectivos extratos, e das notas fiscais cujo somatório perfazem o total do valor de cada cheque.

Ocorre que, em momento algum, é demonstrado o vínculo, de forma absoluta, entre os cheques e as notas fiscais que o comporiam, o que denota que o recorrente “montou” a composição destes valores, com o fito de fazer “bater” o somatório das notas com o valor dos cheques.

A fl. 1100 consta o cheque n.º 1829, emitido em 03-04-2000, no total de R\$246.059,34, para fazer frente a vários supostos pagamentos, entre eles as Notas Fiscais n^{os} 4063 e 0274 (fls. 1103 e 1104), da emissão de Frigorífico Cemasa Ltda., datadas de 11-11-1997 e 23-07-1997.

Não é crível que o fornecedor do recorrente receba um pagamento com quase três anos de atraso, sem o acréscimo de qualquer juro ou mora, ainda mais se tratando de “carne”, que é um produto sabidamente comercializado com curto prazo de pagamento.

A prova necessária, contundente, que o contribuinte deveria ter trazido à apreciação é a quitação dos valores que se encontravam em aberto no seu balanço, na conta “fornecedores”, pois, também, não é admissível que alguém promova o pagamento de qualquer débito sem a exigência do respectivo recibo, ou coisa que o valha.

Já no que tange à exigência relativa ao exercício de 2000, o contribuinte, regularmente intimado pelo diligente, sequer apresentou qualquer documento novo que merecesse apreciação.

No que tange ao Recurso de Ofício, considero correta a Decisão recorrida que expurgou os valores comprovados pelo contribuinte, na sua impugnação, com a anuência dos próprios autuantes, que refizeram os demonstrativos do débito.

Destarte, por considerar que a Decisão recorrida está correta e não carece de qualquer reparo, o meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para homologá-la.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 207160.0001/02-4, sendo R\$528.526,69, lavrado contra ATAKAREJO DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS E BEBIDAS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$559.032,52, sendo R\$528.526,69, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$30.505,83, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da citada lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

MARIA DULCE HANSSELMAN RODRIGUES COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS