

A. I. N° - 298237.0301/03-2
AUTUADO - GAIVOTA ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - TRAJANO ROCHA RIBEIRO
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 10.07.03

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0251-02/03

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Operações escrituradas nos livros fiscais. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Descumprimento de obrigação acessória. Multas de 10% e 1%, respectivamente, do valor comercial das mercadorias não escrituradas. O lançamento dos itens 2 e 3 está baseado em cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, não sendo comprovado pelo sujeito passivo a sua alegação de que não adquiriu as mercadorias. Rejeitada a arguição de nulidade do item 02. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 28/02/2003, e reclama o valor de R\$ 166.403,59, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 16.624,79, no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, alusivo ao mês de maio de 2001.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, no total de R\$ 141.212,93, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88, durante o período de janeiro de 2001 a maio de 2002, agosto e setembro de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls. 09 a 120.
3. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de janeiro/01, março/01, maio/01 a março/02, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 7.199,58, conforme demonstrativo e documentos às fls. 121 a 155.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de setembro/01 a março/02, maio/02, julho/02 e setembro/02, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 1.366,29, conforme demonstrativos às fls. 156 a 189.

O autuado por seu advogado legalmente constituído, interpõe recurso defensivo conforme documentos às fls. 193 a 203, onde preliminarmente contesta os percentuais da penalidade aplicada sobre o valor do imposto cobrado, ressaltando que durante o período objeto da autuação a infração acumulada não passou de 15%, enquanto que o débito atualizado monta índice acima de 100%. Com fulcro no artigo 112, IV, do CTN, considerou confiscatória a multa aplicada, e requer que sejam reduzidos os percentuais de multa de mora a 2% com base no artigo 112, IV do CTN.

No mérito, o patrono do autuado formulou o seu recurso fundamentado nas seguintes razões de defesa.

Infração 01 – alega que desconhece o valor lançado no Auto de Infração, e que já contatou o seu contador para identificar o motivo da acusação fiscal.

Infração 02 – alegando que este item não se fez acompanhar das respectivas provas, considerou a acusação fiscal leviana e descabida, por entender que se ocorreu entrada no estabelecimento autuado de mercadorias sem o devido registro na escrita fiscal, o autuante deveria ter trazido aos autos a prova material dessa ocorrência.

Argumenta que a existência de notas fiscais de compras num setor da Fazenda Pública, tendo como destinatário o estabelecimento autuado, não é meio de prova que tenha adquirido as mercadorias constantes nas notas fiscais, ressaltando que é comum fraudadores utilizarem registros cadastrais de contribuintes para transporte de mercadoria ilegalmente.

Sustenta que a acusação fiscal trata-se de presunção fiscal que para merecer validade administrativa e eficácia jurídica deveria ter sido materializada com a contagem física do estoque do estabelecimento, pois todos os livros e documentos foram colocados à disposição do preposto fiscal por vários dias.

Diz, ainda, que não há nenhuma prova que as mercadorias tenham entrado no estabelecimento, inclusive que não foram trazidos aos autos os canhotos das notas fiscais com a assinatura do preposto da empresa atestando o recebimento das mercadorias. Citou lição de tributarista e juiz federal aposentado, sobre o ônus da prova segundo o Código de Processo Civil, com o fito de mostrar que no procedimento administrativo fiscal incumbe ao fisco o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária que foi por ele constituída, e que a violação das regras concernentes ao ônus da prova impõe a nulidade por vício formal do lançamento.

Prosseguindo, o defendente invoca os ensinamentos de Samuel Monteiro, sobre alguns requisitos do Auto de Infração, que para merecer validade administrativa e eficácia jurídica deve preencher os seguintes requisitos:

- a) fundamentação fática, concreta e real devidamente comprovada documentalmente;
- b) embasamento em motivos reais, idôneos e existentes;
- c) não tenha objetivo imoral ou ilícito;
- d) não embasar desvio de finalidades, nem de abuso de poder através de exigências fiscais arbitrárias, levantamentos por presunção, etc.;
- e) não adoção de alíquotas, base de cálculo, valor tributável em desacordo com as hipóteses expressas na legislação tributária;
- f) lavratura no local da verificação da ocorrência.

Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração por entender que o mesmo foi lavrado desacompanhado de provas que lhe dessem sustentação jurídica e administrativa.

O autuante em sua informação fiscal à fl. 206, mantém a autuação, esclarecendo que o débito da infração 01 está comprovado por cópia do livro Registro de Apuração do ICMS e pelo relatório do sistema INC (docs. fls. 207 e 208), enquanto que o débito relativo às infrações 02, 03 e 04 foi apurado através das notas fiscais anexadas ao PAF às fls. 14 a 189.

O contribuinte autuado foi intimado a comparecer à INFAZ de Eunápolis para tomar ciência dos documentos anexados à Informação Fiscal, conforme Aviso de Recebimento (doc. fl. 210) dos Correios, não tendo o mesmo comparecido à repartição fiscal no prazo estipulado na referida intimação.

VOTO

Na análise das peças processuais verifica-se que a exigência fiscal de que cuida a lide se refere aos seguintes fatos:

- 1) Imposto lançado e não recolhido;
- 2) Falta de antecipação tributária nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária;
- 3) Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal;
- 4) Entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal.

No tocante à preliminar argüida pelo sujeito passivo visando contestar os percentuais da penalidade aplicada por considerá-los confiscatórios, observo que a mesma não deve prosperar, pois, os mesmos estão de conformidade com as disposições constantes na legislação tributária em vigor na data da autuação, quais sejam, no artigo 42, incisos I, “a”, II, “d”, IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

Quanto ao mérito das infrações, do exame dos documentos que instruem a autuação, é possível chegar-se às conclusões seguintes:

Infração 01 – trata-se de exigência fiscal em decorrência da falta de recolhimento do imposto lançado nos livros fiscais, conforme cópia do RAICMS à fl. 207, e documento extraído do INC- Informação do Contribuinte (ICMS normal declarado X ICMS recolhido) (doc. fl. 208), onde consta que realmente foi declarado o valor de R\$ 16.264,79, como não recolhido. Portanto, subsiste a infração, sendo descabida a alegação defensiva de que desconhece o motivo e a origem do valor autuado.

Além do mais, vale salientar que o autuante por ocasião de sua informação fiscal trouxe aos autos cópias do RAICMS e do INC que serviram de base à autuação, sendo o autuado intimado a tomar conhecimento dos mesmos, e ao não se manifestar sobre eles, o seu silêncio se constitui como uma aceitação tácita de tais provas.

Infração 02 – concerne a falta de recolhimento no valor de R\$141.212,93, a título de antecipação tributária do ICMS nas aquisições de mercadorias proveniente de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88.

Os documentos às fls. 09 a 92, mais precisamente cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, comprovam que o estabelecimento autuado adquiriu goma de mascar, drops, balas, etc, aparelho de barbear, charque, açúcar, vinho, whisky, licor, vodka e campari dos fornecedores: Warner Lambert Ind. E Com. Ltda. (SP); Seagram do Brasil Ind. E Com. Ltda. (PE); Campari do Brasil Ltda. (SP); Bacardi - Martini do Brasil (SP); Almur Alimentos do Uruguai Ltda.; e Vinhos Salton S/A Ind. e Comércio, todas elas enquadradas no regime de substituição tributária com pagamento do imposto por antecipação.

Desta forma, não assiste razão ao sujeito passivo de que a acusação não se fez acompanhar das respectivas provas, uma vez que as cópias das notas fiscais por conter todos os dados cadastrais do estabelecimento servem de elemento de prova material da citada infração.

Quanto a alegação defensiva de que é comum fraudadores utilizarem de registros cadastrais de contribuintes para transporte de mercadoria ilegalmente, na tentativa de negar a autoria das aquisições, e mostrar que nunca celebrou qualquer transação comercial com os fornecedores, esta alegação também não há como prosperar, pois, as referidas cópias das notas fiscais foram obtidas nos postos fiscais do trajeto da mercadoria, e são provas documentais suficientes da realização de tais aquisições. Portanto, pelos documentos apensados aos autos não há porque falar que a acusação fiscal se trata de presunção fiscal. Se, realmente não foram adquiridas as mercadorias, conforme alegado, o ônus da prova deve recair sobre o autuado, não se aplicando ao presente caso as lições de tributaristas citadas na defesa.

Desta forma, por inexistir qualquer vício formal no lançamento, rejeito a argüição de nulidade da autuação, por não se enquadrar em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

No mérito, diante das provas processuais considero que a infração está devidamente caracterizada, estando o lançamento revestido de fundamentação fática, não se configurando em momento algum qualquer arbitrariedade nos valores apurados, cuja alíquota aplicada e a base de cálculo estão em perfeita conformidade com o RICMS/97.

Infrações 03 e 04 - Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação e de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, sendo aplicadas as multas nos respectivos valores de R\$7.199,58 e R\$1.366,29, conforme documentos às fls. 121 a 189.

Para chegar a conclusão do não lançamento das notas fiscais, a autuação também valeu-se das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT. O autuado em sua defesa não fez referência a estes itens, porém pelos seus argumentos, verifica-se que ao impugnar o lançamento da infração 02 com o argumento de que não adquiriu as mercadorias, deixou a entender que as mercadorias constantes nas notas fiscais que instruem estes itens também não foram adquiridas pelo estabelecimento.

A legislação prevê a aplicação de multa de 10% e 1%, respectivamente, calculada sobre o valor comercial da mercadoria sujeita a tributação e da mercadoria não tributável, que tenha entrado no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal, conforme art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96.

Assim, conforme comentado anteriormente, não sendo trazidas aos autos provas de que não tenha adquirido as mercadorias, considero correta a aplicação das multas, sendo, subsistente estes itens.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração n.º **298237.0301/03-2**, lavrado contra **GAIVOTA ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 157.837,72**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 16.624,79 e 60% sobre R\$ 141.212,93, previstas no artigo 42, I, “a” e II, “d”, da Lei n.º 7.014/96, e demais acréscimos legais, além da multa no valor total de **R\$8.565,87**, prevista nos incisos IX e XI, citado artigo.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de julho de 2003.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR