

PROCESSO - A.I. Nº 110163.0009/03-1
RECORRENTE - SALVADOR FOOD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF Nº 0497/01-03
ORIGEM - INFRAZ BONOCÔ
INTERNET - 09.03.04

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0011-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. **a)** ENERGIA ELÉTRICA E SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO. A legislação tributária estadual veda a utilização de crédito de serviços de energia elétrica e de comunicação. Infração confirmada. **b)** ESTORNO DE CRÉDITO. REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO NAS SAÍDAS SUBSEQUENTES. Infração não elidida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. Divergência entre o valor do imposto escriturado no Registro de Apuração e o recolhido. Infração confirmada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. ENTRADA DE MERCADORIAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. Constitui-se em presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis a não escrituração dos pagamentos das mercadorias adquiridas. Autuado não elide a acusação fiscal. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado tendo em vista o acórdão em epígrafe que declarou Procedente o Auto de Infração nº 110163.0009/03-1 lavrado em 30/09/2003, para exigir imposto no valor de R\$ 13.655,56, pelas seguintes razões:

- 1) Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS relativo a aquisição de serviços de comunicação e energia elétrica não vinculados as mercadorias com saídas subseqüentes tributadas;
- 2) Falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, em face de Termo de Acordo e Compromisso;
- 3) Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS;
- 4) Omissão de saída de mercadorias tributadas apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

O autuado, às fls. 196 a 204, apresentou sua impugnação alegando preliminarmente a nulidade da ação fiscal, porque estaria embasada em presunção fiscal, produto de arbitramento unilateral, sem observância ao disposto no art. 148 do CTN e, mais, porque:

- 1) O Auto de Infração foi lavrado fora do estabelecimento autuado e, por esta razão considera-se ineficaz e inválido o procedimento fiscal, de acordo com o que preceitua o CTN, no seu art. 108, que obriga a lavratura do Auto de Infração no local da verificação da falta, ou seja, no próprio estabelecimento fiscalizado;
- 2) que a validade administrativa e eficácia jurídica do procedimento fiscal e levantamentos contábeis e fiscais, está condicionada a que o fiscal seja habilitado como contador;
- 3) que a exigência do imposto deveria resultar de levantamento específico de estoques, com embasamento nos livros e documentos fiscais de aquisição e saídas, tendo como base o inventário físico e a escrita contábil do contribuinte;
- 4) que o arbitramento fiscal não prova a circulação de mercadorias sem a emissão de nota fiscal;
- 5) que não consta nenhum levantamento específico de estoque efetuado, nenhum estouro de Caixa foi encontrado, nem passivo fictício foi positivado ou depósito bancário que tivesse sido produto de omissão de vendas;
- 6) que o Fisco presumiu mas não demonstrou quais as datas em que ocorreram as vendas sem nota ou sem registro;
- 7) que o fato gerador do ICMS quanto às mercadorias nacionais é sempre uma saída oriunda de um ato de comércio que traduza uma venda (circulação econômica) ou transferência da propriedade da mercadoria (circulação jurídica). Citou o art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/88 e art. 146, 59, II e 69, da CF/88, para afirmar que tais disposições prevalecem sobre o Decreto Estadual.
- 8) que não teria havido motivação idônea e pertinente quanto a ocorrência da circulação de mercadoria sem o pagamento do imposto.
- 9) que o fato impositivo deveria ter sido identificado, quantificado, qualificado, em todas as suas circunstâncias para permitir uma defesa ampla.
- 10) que inexistia embasamento fático para o lançamento do imposto por não guardar consonância com as expressões dispostas nos arts. 114, 141, 142 e seu parágrafo único e 144 do CTN; art. 1º, II, do Decreto-Lei nº 406/88.
- 11) que teria havido inconstitucionalidade no tocante ao índice de correção monetária, por ser superior ao índice da UFIR federal.
- 12) que seria confiscatória a multa aplicada, citando o art. 150, IV, da CF/88.

O autuado requereu, ainda, que a autuação fosse julgada improcedente e que fosse determinada diligência para provar seus argumentos defensivos.

A autuante, às fls. 272 a 275, rebateu inteiramente a defesa apresentada, porque o autuado não impugnara nenhum dos itens autuados e que ao arguir preliminares demonstra ser desconhecedor da legislação tributária estadual, a autuação está revestida de todas as formalidades legais pois foram entregues cópias ao autuado dos demonstrativos de todo o débito apurado, porque o art 39, § 1º do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração e porque o art. 42 do mesmo

regulamento prevê que a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais.

A autuante observara que o contribuinte juntara cópias de documentos que nada tem a ver com a autuação, já que nenhum lançamento fora efetuado relativamente aos referidos documentos, que nenhuma infração foi apurada através de arbitramento, pois o lançamento efetuado se refere a crédito indevido referente a serviços de comunicação e energia elétrica, falta de estorno de crédito face a termo de Acordo em que a carga tributária é de 10%, desencontro entre o imposto recolhido e o escriturado nos livros fiscais e omissão de saídas face a entradas não registradas, cujos levantamentos e demonstrativos foram entregues cópias ao autuado.

Observa, ainda, a autuante que a DMA apresentada pelo defendente contem erros, já que diverge dos valores lançados no seu livro de Apuração (fls. 212 a 214) quando deveria espelhar o que contém o livro de Apuração. Também observou que as cópias do RAICMS juntado pelo defendente traz prova a favor do Fisco pois demonstra o real saldo devedor do imposto, comprovando os demonstrativos e o imposto exigido na autuação.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade, a autuante citou o art. 167 do RPAF/99 e manteve a autuação.

A Decisão recorrida está fundamentada em relatório que aborda todas as questões levantadas pelo autuado e na informação fiscal. Em seu voto a digna relatora Dra. Clarice Anízia Máximo Moreira rejeita de modo bastante fundamentado todas as arguições preliminares de nulidade, afastando, com base no art. 39 §1º do RPAF a alegação de que o lançamento só pode ser efetuado no estabelecimento e com base no art. 42 do mesmo Regulamento que o agente fiscal teria de ser contador habilitado. Quanto às alegações de inconstitucionalidade em relação ao índice de correção monetária, e de ser confiscatória a multa aplicada, ressaltou que, nos termos do art. 125 da Lei nº 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de lei ou ato normativo emanado de autoridade superior. Quanto à alegação de cerceamento de ampla defesa, observou que os fatos foram descritos nos autos de forma clara e precisa, além de ter sido entregue, ao defendente, cópia de todos os demonstrativos e levantamentos, não ficando caracterizada qualquer das hipóteses de nulidade expressamente elencados no art. 18 do RPAF/99.

A ilustre julgadora de 1ª Instância observou, também, que o sujeito passivo não impugnou nenhum dos itens da autuação, já que fez alusão de forma vaga e aleatória sobre a necessidade de realização de levantamento específico de estoques, realização de auditoria das disponibilidades e do passivo fictício, necessários à comprovação de que tivesse havido circulação de mercadorias sem a emissão de nota fiscal, quando nos autos foi exigido imposto em razão de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, falta de estorno do crédito fiscal de ICMS, recolhimento a menos ICMS em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no RAICMS e falta de recolhimento do ICMS por omissão de saída de mercadorias tributadas apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

No que concerne ao item 1 da autuação, a Decisão recorrida transcreve o art. 29, §1º, III, “b” e IV, “b”, da Lei nº 7.014/96, vigente na época da ocorrência dos fatos, regulando expressamente o uso do crédito fiscal, daí porque, entendeu não restar dúvida quanto ao acerto do lançamento tributário ao ser exigida a glosa do crédito fiscal utilizado indevidamente, em relação ao serviço de comunicação e consumo de energia elétrica, no período de maio de 2001 a janeiro de 2002, uma vez que não havia previsão legal para o uso de tais créditos, conforme disposição legal acima transcrita.

Quanto ao item 2 da autuação, em que se exige glosa de crédito decorrente da falta de estorno do crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas ocorreram com redução da base de cálculo, em razão de Termo de Acordo e Compromisso com a SEFAZ na fruição do benefício previsto no Decreto nº 7.488/98, no período de fevereiro de 2001 a dezembro de 2002 a Decisão recorrida constata que sujeito passivo não adentrou ao mérito da questão, fazendo a simples negativa do cometimento da infração, o que não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, como dispõe o art. 143 do RPAF/99.

No que pertine ao item 3 do Auto de Infração, que exige o imposto por divergência entre o valor recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração, a Decisão recorrida revela que o próprio autuado anexou à fl. 212 a cópia reprográfica da DMA informando que o valor do imposto a recolher no mês de março de 2001 foi de R\$1.879,23 e cópia reprográfica de folha do seu livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 213/214), de igual período, onde se verifica que o imposto devido era de R\$7.815,34, tendo sido o recolhimento efetuado com base na informação dada pela DMA, o que demonstra a existência de desencontro entre os fatos arrolados nos seus livros fiscais e o informado através de DMA, assim confirmando o acerto do lançamento efetuado.

Quanta à infração 4, que exige imposto com base na presunção legal de que o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos efetuou o pagamento das compras de mercadorias não registradas, a Decisão recorrida está fundamentada na prova de falta de escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias, cujos documentos, colhidos nos Postos Fiscais de Trânsito, através do Sistema CFAMT, anexadas ao PAF, às fls. 63 a 72, autoriza a legal prevista no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96.

Por isso, na Decisão recorrida, a JJF decidiu pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

O autuado, ora recorrente, dizendo-se surpreso com a Decisão de 1ª Instância alega que em sua defesa caracterizara que a autuação decorreria de presunção e que houvera cerceamento do direito de defesa, repetindo arguições da sua defesa inicial.

A Representante da PGE/PROFIS entendendo que as razões apresentadas em sede recursal são, da mesma forma, incapazes de alterar a Decisão recorrida, opina pelo IMPROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

VOTO

Quando às preliminares de nulidade, não merece reparos a Decisão recorrida, posto que analisou todas as questões trazidas ao processo pelo impugnante, as rejeitando com base na legislação estadual.

Efetivamente, a legislação tributária estadual traz regra própria quanto à determinação do local onde deve ser lavrado o Auto de Infração. O art. 39, § 1º, do RPAF/99 estabelece que o Auto de Infração poderá ser lavrado na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

É inválido o argumento de que o autuante precise estar habilitado, junto ao Conselho Regional de Contabilidade, para proceder aos exames, levantamentos fiscais e contábeis e para a lavratura de Auto de Infração porque o art. 42 do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99), refletindo a lei estadual que define a competência dos agentes fiscais prevê expressamente que a lavratura do Auto de Infração é de competência privativa dos Auditores Fiscais.

Quanto às alegações de inconstitucionalidade em relação ao índice de correção monetária, e ao suposto caráter confiscatório da multa aplicada, não se incluem na competência dos órgãos julgadores deste Conselho, a teor do art. 125 da Lei nº 3.956/81 e do art. 167, I, do RPAF/99.

Por fim, a alegação de cerceamento de ampla defesa não merece acolhida, porque os fatos foram descritos de forma clara e precisa no Auto de Infração, além de ter sido entregue ao autuado cópia de todos os demonstrativos e levantamentos.

No mérito, o recorrente reclama de parcialidade no julgamento, vez que arguira em sua defesa inicial a presunção e requerera diligência para provar suas impugnações. Agora repete em seu Recurso Voluntário as razões trazidas na defesa inicial, mas não impugna especificamente qualquer das acusações fiscais.

Quanto à acusação de parcialidade não pode ser acolhida porque as arguições do ora recorrente não estão respaldadas em demonstração inequívoca de que teria errado no RAICMS e não na DMA, gerando o desencontro o valor indicado para recolhimento do ICMS. Não agrega qualquer documento que possa fazer prova a seu favor.

Para que se pudesse atender ao pedido de diligência quanto às infrações 3 e 4, seria imperioso que a empresa justificasse o requerimento, o que antes não fez e agora não faz, aludindo de forma vaga sobre a necessidade de realização de levantamento específico de estoques, realização de auditoria das disponibilidades e do passivo fictício, necessários à comprovação de que tivesse havido circulação de mercadorias sem a emissão de nota fiscal.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 110163.0009/03-1, lavrado contra **SALVADOR FOOD SERVICES DISTRIBUIÇÃO E IMPORTAÇÃO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.655,56**, acrescido das multas de 60%, sobre R\$8.440,97 e 70% sobre R\$5.214,59, previstas no art. 42, II, “b”, VII, “a” e “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de fevereiro de 2004.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – RELATOR

MARIA OLÍVIA TEIXEIRA DE ALMEIDA – REPR. DA PGE/PROFIS