

PROCESSO - A. I. Nº 293872.0028/04-9
RECORRENTE - PADARIA E MERCEARIA SÃO JOSÉ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0191/03-04
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 16/09/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0212-12/04

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO, REFERENTE AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subseqüentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração caracterizada. **2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS.** Diferença constatada no cotejo entre o valor do imposto lançado no livro Registro de Entradas e o escriturado no livro Registro de Apuração. Infração confirmada. **3. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES ANTERIORES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de registro 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. Infração subsistente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Correta a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra Decisão da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente o Auto de Infração referenciado, exigindo pagamento de imposto no valor de R\$4.176,09, em razão das seguintes irregularidades:

1. 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;
2. recolheu a menor ICMS em decorrência de divergência entre os valores lançados no livro Registro de Entradas de Mercadorias e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS;
3. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

O autuado, através de seu advogado, apresentou impugnação, inicialmente arguindo a nulidade da autuação, sob alegação de cerceamento do direito de defesa. Disse, em relação à infração 3, que não há prova da efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento, pois entende que a existência de notas fiscais em nome do contribuinte é apenas um indicio de que houve a operação nela descrita. Aduz que em nenhuma parte a legislação tributária diz que o fato gerador do ICMS é a emissão de notas fiscais, e que dessa forma, não há do que se defender.

No mérito, questionou apenas à infração 3, sustentando não haver razão para omitir de seus registros documentos porque não iria desprezar o crédito de ICMS a que faz jus. Afirma que já pagou o imposto ora reclamado, mediante a apuração de débito e crédito feita em sua movimentação normal. Pediu que, caso a presente exigência seja mantida, seja concedido-lhe o crédito do imposto relativo às notas fiscais em lide.

O autuante, em informação fiscal, inicialmente rebateu a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, dizendo que o mesmo recebeu cópias de todos os demonstrativos, planilhas e notas fiscais utilizadas como provas das infrações cometidas.

No mérito, disse que as notas fiscais, objeto da infração 3, foram capturadas pelo sistema CFAMT, sendo emitidas por seus fornecedores. Em relação à concessão de crédito, afirma que não há amparo legal para tal, uma vez que o art. 60, I, do RICMS/97, determina que a base de cálculo, para a presente situação, é o valor dos custos das entradas não registradas, que corresponderá ao valor da receita declarada. Ao final, pede a procedência do Auto de Infração.

O Ilustre relator da Decisão recorrida, em seu voto, inicialmente rejeitou a preliminar de nulidade suscitada, considerando que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, sendo que o autuado recebeu cópias de todos os demonstrativos, planilhas e notas fiscais utilizadas como provas das infrações cometidas, não havendo, dessa forma, do que se falar em cerceamento de defesa.

No mérito, entendeu que, em relação à infração 3, o artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96 determina que a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, mas o autuado não logrou êxito nesse sentido.

Esclareceu que daí descabe a pretensão do autuado em fazer jus aos créditos relativos às notas fiscais em lide, uma vez que o imposto exigido se refere às operações de saídas anteriores não registradas que geraram receitas para a aquisição das respectivas mercadorias.

Salientou que as cópias das notas fiscais em questão foram anexadas aos autos, sendo emitidas por empresas regularmente inscritas e o sujeito passivo não apresentou nenhum elemento que evidenciasse ilegalidade daqueles documentos fiscais.

O recorrente interpôs Pedido de Revisão, aqui processado como Recurso Voluntário arguindo que o julgamento de primeira instância trouxe fato novo, caracterizado pela migração do fato gerador do ICMS para a ausência de prova, uma vez que o ônus da prova cabe a quem acusa, cabendo ao fisco provar o que alega.

Aduz que não observando esse balizamento, pode ocorrer um caso em que ao preposto fiscal pareça ter havido fato gerador do ICMS e queira autuar o contribuinte sem que se acerque da verdade real.

Para ilustrar, cita caso de denúncia oferecida pelo Ministério Público por suposto crime de assédio sexual, onde foi propugnado pelo acolhimento, sobre o argumento de que a defesa nada tinha provado a seu favor. E o voto do Presidente do STF foi no sentido do não acolhimento da ação, sustentando que: *“quem tem que provar é quem acusa, e não quem se defende”*.

Requer a revisão do julgamento afirmando que o autuante não provou a existência real dos fatos que alega, bem como por carecer de suporte fático a não concessão do crédito pleiteado, pois ao se exigir imposto em face de operações de saídas não registradas, ao seu ver, é óbvio que, antes de tais mercadorias saírem, elas entraram e, assim sendo, há de ter o crédito das entradas.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, aponta que o Recurso Voluntário interposto pelo autuado traz argumentos que não tratam da matéria autuada e que as suas razões são impertinentes com o objeto do presente Auto de Infração.

Conclui que as razões oferecidas pelo recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar modificação do julgamento e, assim, opina que o Recurso Voluntário não deve ser Provido.

VOTO

Constato que as razões aduzidas pelo recorrente, conforme observa a Douta procuradora, não tratam da matéria de fundo da autuação, são questões jurídicas que foram devidamente enfrentadas no julgamento recorrido.

Eis que, restou inconteste que as notas fiscais anexadas aos autos, captadas pelo sistema CFAMT, não foram contabilizadas, fato que autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, conforme estabelece o § 4º, artigo 4º, da Lei nº 7.014/96.

Caberia, sim, ao recorrente, conforme estabelece o próprio dispositivo citado, desqualificar essa presunção, uma vez que as provas da acusação foram apresentadas pelo autuante.

Entendo também que em sendo o imposto exigido pelas operações de saídas anteriores não registradas que geraram as receitas para aquisição das mercadorias não contabilizadas, descabe o crédito tributário das notas fiscais em lide, conforme pleiteado pelo recorrente.

Assim, acompanho o Parecer da Douta procuradora e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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** o Auto de Infração nº **293872.0028/04-9**, lavrado contra **PADARIA E MERCEARIA SÃO JOSÉ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$4.176,09**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60%, sobre R\$1.513,08 e 70% sobre R\$2.663,01, previstas no art. 42, II, “a” e “b”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS