

PROCESSO - A. I. Nº 206766.0010/04-8
RECORRENTE - ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JF nº 0360-01/04
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09/12/2004

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0349-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. TRANSFERÊNCIA DE SALDO CREDOR ORIUNDO DE ESTABELECIMENTO FILIAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou provado lançamento indevido na conta corrente a título de transferência de créditos fiscais. Infração caracterizada. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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. Infração confirmada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recurso Voluntário interposto pelo autuado em face da Decisão que declarou Procedente o Auto de Infração, lavrado em 21/06/2004, em que se exige imposto no valor de R\$ 115.397,48, pelo uso indevido de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do direito ao referido crédito, uma vez que o crédito do imposto utilizado foi objeto da transferência de crédito pela sua filial, tendo em vista a não procedência do mesmo, conforme cópias dos Pareceres do indeferimento dos pedidos de restituição, conforme livros de Apuração e DMAs anexos aos autos, no mês de janeiro de 2004, no valor de R\$ 86.069,99; e omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de abril de 1999 a março de 2001, conforme vias das notas fiscais, extratos do CFAMT anexos aos autos, no valor total de R\$ 29.327,49.

O autuado, às fls. 241 e 242, apresentou defesa alegando, em relação à infração 1, que continuando a se defender do processo de retaliação desenvolvido em face do seu pedido de reconhecimento ao seu direito subjetivo (Processos nºs 5955542003-3 e 0224112004-7) de creditar-se de valores correspondentes à restituição das diferenças do ICMS sobre operações com mercadorias adquiridas junto ao setor atacadista baiano, no período de 01/01/99 a 31/08/03.

Requeru a sua nulidade por entender que a ação fiscal contraria frontalmente as normas gerais de direito constitucional e tributário, aplicáveis. E que o ônus da prova cabe ao fisco.

Que, nesse caso, o ônus da prova a respeito do nexo da causalidade, da legalidade, da injustiça, da anormalidade e especificidade do ato, cabe ao auditor.

Alegou que o valor de R\$ 86.069,99, conseqüente da transferência do saldo credor do ICMS da filial já foi motivo do Auto de Infração nº 292888.0001/04-4.

Quanto à infração 2, disse não ter havido a prova de que as mercadorias constantes dos documentos fiscais deram entrada no estabelecimento do contribuinte, necessário se torna provar o recebimento daquelas mercadorias através de assinatura nos canhotos constantes das notas fiscais. Também, não ficou provado através de bancos ou em conta de cobrança que o processo de liquidação das duplicadas foi efetuado pelo contribuinte, nem, tampouco, ouvidos alguns fornecedores. Que em nenhuma data ou período foi provada a insuficiência do saldo de caixa para dar origem à presunção de omissão de vendas.

O autuante, às fls. 244 a 247, informou que as provas do cometimento das infrações estão fartamente fundamentadas e juntadas aos autos. Que a respeito do ônus da prova no Direito Tributário não se observa conflito de interpretação, pois, tanto o sujeito ativo quanto o sujeito passivo estão obrigados a apresentar provas, tanto para a constituição como supressão do lançamento de ofício realizado pela autoridade fiscalizadora.

Na infração 1, informa que as infrações tipificadas no Auto de Infração nº 29288.0001/04-4 são distintas da infração ora apurada.

Esclareceu que os documentos foram colhidos através do Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT e o que se constata é que se tratam de aquisições de mercadorias com vencimentos entre 30 a 60 dias da data da emissão do documento fiscal, constam que os pagamentos seriam feitos via boleto bancário, inclusive a Nota Fiscal nº 78799 emitida pela empresa Indústria Gessy Lever Ltda., em 30/11/99, no campo das informações complementares consta a observação “Na falta do Aviso da Cobrança dirigir-se ao Banco do Brasil e solicitar emissão de “boleto Avulso”. Além do que, na maioria das notas fiscais as compras foram efetuadas a prazo e a responsabilidade pelo transporte da mercadoria até o seu destino foi do emitente da nota fiscal, o que reforça que as mercadorias foram adquiridas e recebidas pelo autuado no endereço do seu estabelecimento.

Que o enquadramento no art.2º, § 3º, V, do RICMS/97, está correto, uma vez que se trata de presunção de ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do imposto, quando a escrituração indicar pagamentos não contabilizados.

Opinou pela manutenção da autuação.

Em seu voto pela Procedência da autuação, o relator disse que *“o valor da infração 01, já tenha sido objeto de lançamento do crédito tributário, mediante a lavratura do Auto de Infração nº 206766.0010/04-8, lavrado contra o estabelecimento filial, Inscrição Cadastral nº 49.391.004, em 03/02/2004.(...) Neste sentido, por coincidência, fui relatora do referido Auto de Infração, tendo naquele caso concluído pela procedência do crédito tributário, haja vista que, além de constar inobservância às normas legais, art. 33, §§ 3º e 4º, da Lei nº 7.014/96, não foi observado o disposto nos arts. 75 a 78, do RPAF/99. Também, nos autos constava Decisão, mediante Parecer de nº 666/2004, datado de 26/01/04, indeferindo o pedido de restituição do ICMS (fls. 11 a 19).*

O autuante trouxera aos autos cópia das decisões em que se negava ao contribuinte creditar-se de benefício fiscal concedido aos seus fornecedores – Atacadistas com posicionamento da Procuradoria do Interior – PROIN, opinando pelo indeferimento do pleito, face à manifesta ilegitimidade da interessada para figurar no pólo ativo do pedido de restituição do ICMS supostamente pago a maior (fls. 20 a 36).

O autuado inconformado com a decisão, transferira os créditos fiscais considerados indevidos para seu estabelecimento matriz, no mês de janeiro de 2004, no valor de R\$ 86.069,99.

Em relação a uma suposta exigência em duplicidade (dois autos de infração) a ilustre relatora observou não caber a alegação defensiva porque em cada uma das autuações objetivou-se cobrar

imposto que efetivamente deixara de ser pago, no estabelecimento filial pelo lançamento indevido dos créditos fiscais como se o autuado fosse parte legítima para os reivindicar. No caso da matriz o que se exige é o imposto que não foi pago em virtude da transferência dos mesmos créditos do estabelecimento filial.

Em relação à infração 2, em que foi apontada a falta de escrituração de notas fiscais de entradas de mercadorias, cujos documentos (vias pertencentes ao Fisco), foram colhidos pela Fiscalização deste Estado nos Postos Fiscais de Trânsito e se encontram anexados ao PAF, às fls. 67 a 150 a ilustre relatora ressaltara que o imposto exigido decorreria de operações de saídas de mercadorias anteriormente realizadas, efetuadas sem a emissão de documentação fiscal e, com os Recursos daquelas vendas o contribuinte efetuou o pagamento das entradas não declaradas. Tal situação tem como previsão legal o disposto no § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96 e que a simples alegação do autuado de que não adquirira as mercadorias indicadas nos documentos fiscais não descaracterizava a infração, além do fato de que estaria devidamente comprovada, através de documentos fiscais trazidos ao processo, a efetiva realização das operações sujeitas à tributação do ICMS entre os fornecedores (remetentes) e, o sujeito passivo (destinatário).

Assim manifestou a relatora seu voto pela Procedência do Auto de Infração, no que foi acompanhada por seus pares, daí resultando a condenação do autuado que, inconformado, apresentou Recurso Voluntário em que alega, em essência, que faz jus à restituição do ICMS antes indeferida, fazendo vários cálculos que demonstrariam a justeza de sua pretensão.

Em relação à infração 2 diz o recorrente que não está demonstrada a ocorrência das operações espelhadas nas notas fiscais retidas pelo fisco durante a circulação das mercadorias, que o ônus da prova é do fisco e que não se demonstrou falta de assinatura no canhoto das notas, nem liquidação de duplicatas, nem insuficiência de saldo de caixa que permitissem a presunção.

Cita a Declaração dos Direitos do Homem, a Constituição, o Conselho de Contribuintes.

A Douta representante da PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário em face da ausência de argumentos jurídicos válidos, reiterando os termos do Parecer de fls. 23 a 36, pela ilegitimidade passiva do contribuinte para pleitear a restituição do ICMS correspondente ao benefício concedido aos atacadistas.

VOTO

Confirmo a Decisão recorrida em relação à infração 1 porque efetivamente a empresa não poderia ter-se creditado de créditos fiscais não valiosos, posto que a repercussão do ICMS no comércio varejista se dá em cadeia até o consumidor final. Ou seja, para que pudesse eventualmente pleitear a restituição do ICMS, o autuado teria que comprovar ter suportado o ônus do tributo sem o seu repasse para diante, além de que teria que demonstrar que efetivamente não fora beneficiada, em cadeia, pela redução dos preços no mercado atacadista. A matéria foi exaustivamente analisada pela fiscalização que, com apoio da PGE/PROFIS indeferiu o pleito, o que se confirma agora na manifestação da representante da PGE/PROFIS junto a essa Câmara de Julgamento Fiscal.

Quanto à infração 2, entendo comprovadas as operações, cabendo ao autuado provar não se tratarem de seus fornecedores habituais, o que poderia fragilizar a acusação fiscal. No caso trata-se de empresas com longa tradição no mercado brasileiro, muitas multinacionais, sem qualquer histórico de envolvimento em conluíus com contribuintes para enganar o Fisco.

Por isso mantenho a Decisão recorrida, votando pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 **206766.0010/04-8**, lavrado contra **ECONOMIA DO LAR SUPERMERCADOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$115.397,48**, sendo R\$23.167,13, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, II, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos moratórios, mais R\$92.230,35, acrescido das multas de 60% sobre R\$86.069,99 e 70% sobre R\$6.160,36, previstas no art. 42, VII, “a” e III, da referida lei, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de novembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. PGE/PROFIS