

A. I. N° - 180461.0003/04-5
AUTUADO - NORDESTÃO COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.
AUTUANTE - MARIA JOSÉ MIRANDA
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 02.03.05

RETIFICAÇÃO DE ACÓRDÃO

Retificação do Acórdão nº 0350-03/04, de 17 de setembro de 2004, exarado pela 3ª Câmara de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme manifestação da PROFIS, à fl. 1013, de acordo com o art. 164, § 3º, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de Julho de 1999, para indicação correta do dispositivo legal aplicado no teor do julgamento.

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0350-03/04-A

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) UTILIZAÇÃO EM VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NOS DOCUMENTOS FISCAIS. b) LANÇAMENTO DE DOCUMENTO FISCAL EM DUPLICIDADE. c) MATERIAL DE USO OU CONSUMO. d) MERCADORIA SUJEITA A SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA e) FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO FISCAL COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. 2. LIVROS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. DIVERGÊNCIA ENTRE DOCUMENTOS FISCAIS E LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS. FALTA DE PAGAMENTO DO TRIBUTO. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. EMISSÃO SEM DESTAQUE DO IMPOSTO. Infrações não impugnadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. b) RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Autuado não contestou. 5. PASSIVO FICTÍCIO. CONTA “FORNECEDORES”. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou comprovada nos autos a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias tributáveis. b) MERCADORIAS NÃO TRIBUTÁVEIS. Infração não impugnada. 7. ENTRADA DE MERCADORIA. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. 8. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O suprimento de Caixa de origem não comprovada indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto, anteriormente realizadas e também não contabilizadas. 9. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. Autuado não contestou. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 07/06/2004, refere-se à exigência de R\$303.267,43 de ICMS, mais multa, tendo em vista que foram constatadas as seguintes irregularidades:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado na Nota Fiscal de nº 152876, de 02/01/2001. Valor do débito: R\$214,74.
2. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$155,22, referente ao lançamento de documento fiscal em duplicidade, referente à Nota Fiscal de nº 29400, de 01/07/2002.
3. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$472,83, referente à aquisição de material para uso e consumo do estabelecimento, nos meses de janeiro de 2001; janeiro, maio e julho de 2002.
4. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$1.190,59, referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por antecipação, nos meses de abril e dezembro de 2001; março, julho, agosto, outubro e novembro de 2002.
5. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$15,67, em função da divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos efetuados nos livros fiscais próprios, nos meses de março de 2001 e julho de 2002.
6. Deixou de recolher o ICMS, no valor de R\$317,43, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, referente a notas fiscais de vendas para entrega futura sem destaque do ICMS, e saídas de mercadorias tributadas como isentas.
7. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$632,66 sem a apresentação do documento comprobatório do direito ao referido crédito, nos meses de janeiro, abril e maio de 2001.
8. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, conforme notas fiscais coletadas no CFAMT e não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, nos meses de janeiro, março, outubro a dezembro de 2001 e de fevereiro a dezembro de 2002.
9. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no valor de R\$1.533,50, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2002.

10. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais coletadas através do CFAMT e não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, sendo aplicada a multa de R\$7.248,06 correspondente a 10% sobre o valor das mercadorias.
11. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais fornecidas pelo CFAMT, que não foram lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, sendo exigida a multa de R\$53,57 correspondente a 1% sobre o valor das mercadorias.
12. Efetuou o recolhimento a menor por antecipação, em razão de erro na determinação da base de cálculo, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, nos exercícios de 2001 e 2002. Valor do débito: R\$9.659,27.
13. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, no valor de R\$279.480,00, apurada através de suprimimento de caixa de origem não comprovada, no período de dezembro de 2001 a dezembro de 2002.
14. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas, quando intimado, sendo exigida a multa no valor de R\$90,00.

O autuado, por seu advogado, apresentou impugnação às fls. 937 a 940 dos autos, alegando que após análise efetuada no Auto de Infração em lide, constatou a ocorrência de falhas na escrituração fiscal da empresa, o que provocou insuficiência no pagamento do imposto, e como a relação do autuado é pautada na sinceridade, reconheceu como devidas e requereu parcelamento de débito das parcelas que foram objeto de reconhecimento, relativamente às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 12, Informando que contesta as infrações 08, 09, 10, 11 e 13.

Quanto à infração 08, alegou que o lançamento é nulo de pleno direito, porque não existe qualquer identificação das notas fiscais referidas na autuação, inexistindo nos autos um anexo com a necessária discriminação, e se existe, o contribuinte não recebeu cópia. Por isso, entende que está materializado o cerceamento do direito de defesa, implicando nulidade desta infração.

Infração 09 – o defendente alegou que não constatou no PAF a prova da apuração realizada pela autuante, por isso, argumentou que é indevido o imposto exigido. Ressaltou que a omissão foi presumida pela constatação de passivo fictício, embora não haja indicação de quais mercadorias.

Infração 10 – Disse que da mesma forma da infração 08, também este item do Auto de Infração é passível de nulidade, alegando que não existe no PAF a identificação das notas fiscais objeto da autuação; que a autuante poderia ter relacionado tais notas fiscais em um anexo, e nesse caso, deveria entregar cópia ao contribuinte. Concluiu apresentando o entendimento de que se as notas fiscais não constam de um anexo com cópia fornecida ao autuado, conseqüentemente, é nula esta infração.

Infração 13 – Argumentou que a autuante sequer fez referência de que o lançamento foi efetuado por presunção de omissão de saídas referente ao suprimimento de Caixa. Se tivesse realizado o lançamento sob forma de presunção as alegações defensivas seriam outras, mas o defendente constatou que o lançamento foi efetuado sob a afirmação de omissão de saídas “apurada”. Assim, entende que é irremediável a improcedência deste item do Auto de Infração.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 955 a 959 dos autos, esclarecendo quanto à infração 08 que foi elaborado demonstrativo contendo relação das notas fiscais objeto da autuação, sendo entregue ao autuado cópia mediante recibo, bem como, fotocópias das referidas notas fiscais, tudo comprovado às fls. 82 a 104 do PAF. Por isso, entende que não cabe se falar em nulidade da autuação, considerando que não tem fundamento a alegação defensiva.

Infração 09 – argumentou que o autuado limitou-se a “fazer miscelânea nas suas alegações com o intuito de confundir o julgamento do mérito da autuação”. Disse que os documentos às fls. 142 a 146 dos autos comprovam que o autuado mantinha saldo na conta fornecedores, duplicatas pagas, caracterizando a manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, e competia ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

Infração 10 – A exemplo da infração 08, a autuante informou que não fez constar no corpo do Auto de Infração a identificação das notas fiscais objeto da autuação, mas elaborou demonstrativo contendo a relação dos documentos fiscais objeto da autuação, sendo entregue ao contribuinte cópia mediante recibo, bem como, fotocópias das notas fiscais, tudo comprovado às fls. 105 a 141 dos autos.

Infração 11 – Disse que o autuado não apresentou defesa, e a infração está comprovada pelos documentos às fls. 105 a 141. Requeru a procedência da autuação neste item.

Infração 13 – Quanto às alegações defensivas, esclareceu que os documentos de fls. 851, 852 e 882 a 907, acostados ao PAF, comprovam que o autuado mantinha na sua contabilidade, conforme lançamento no livro Diário relativo aos exercícios de 2001 e 2002, ocorrências que de acordo com a legislação autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Disse que o autuado teve a oportunidade de comprovar a origem dos recursos, conforme se comprova nas intimações às fls. 15 e 16 dos autos, e como não o fez, entende que a infração é totalmente procedente.

Quanto à infração 14, lembrou que o autuado não apresentou defesa, e por isso, requer a sua procedência. Por fim, a autuante aduziu que a defesa apresentada pelo autuado não traz aos autos nenhum documento, argumento ou prova que possam elidir a ação fiscal; pede e espera que não seja acatado o pedido de nulidade formulado pelo sujeito passivo, e que seja julgado totalmente procedente o Auto de Infração em lide.

VOTO

Em relação à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado sob a alegação de falta identificação das notas fiscais referidas na autuação e de entrega pela autuante do levantamento referente às infrações 08 e 10, constatei que foram elaborados demonstrativos, fls. 82 e 88 (infração 08); fls. 105 e 114/115 (infração 10), constando a relação das notas fiscais objeto dos lançamentos, encontrando-se também, declaração assinada pelo representante do autuado quanto ao recebimento das respectivas cópias e de todas as notas fiscais relacionadas. Portanto, não ficou comprovado nos autos o alegado cerceamento do direito de defesa, e por isso, rejeito a preliminar de nulidade requerida pelo defendente, haja vista que não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV, art. 18 do RPAF/99 para se decretar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, observo que de acordo com as alegações defensivas, o autuado reconheceu como devidos os valores apurados relativamente às infrações 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07 e 12, e apesar de não ter reconhecido expressamente, não apresentou contestação às infrações 11 e 14. Assim, analisarei a seguir apenas o que foi impugnado pelo autuado, e considero que são procedentes os valores exigidos nas infrações acatadas e não impugnadas tendo em vista que não existe controvérsia.

Infração 08 – Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, conforme notas fiscais coletadas no CFAMT e não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias.

O autuado não questionou o mérito da exigência fiscal, haja vista que alegou apenas a nulidade da autuação, que já foi objeto de análise neste voto, concluindo-se pela inexistência de cerceamento do direito de defesa.

A obrigatoriedade de recolhimento do tributo é prevista no art. 371, inciso I, combinado com o art. 125, inciso I, alínea “a” do RICMS/97. Portanto, observa-se que a exigência fiscal está amparada na legislação, e a infração é subsistente.

Infração 09 – refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, no exercício de 2002, conforme demonstrativo às fls. 142 e 143 dos autos.

Nesta infração, foi apurada a manutenção na conta “Fornecedores” ou “Duplicatas a Pagar”, de valores decorrentes de obrigações já liquidadas, mas que ainda se encontravam lançadas na contabilidade, títulos relacionados pela autuante à fl. 143 dos autos, constando as respectivas datas de emissão, vencimento e pagamento, além do valor, dados que não foram contestados pelo autuado.

O defendente alegou que a omissão foi presumida pela constatação de passivo fictício, mas não há indicação de quais mercadorias. Entretanto, a legislação prevê que existência no passivo de obrigações já pagas indica que o sujeito passivo efetuou tais pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96), inexistindo a necessidade de identificar quais as mercadorias tributáveis objeto da omissão. Entendo que a exigência fiscal é subsistente.

Infração 10 – Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, conforme notas fiscais coletadas através do CFAMT e não lançadas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, sendo aplicada a multa correspondente a 10% sobre o valor das mercadorias.

O defendente alegou que a exemplo da infração 08, não existe no PAF a identificação das notas fiscais objeto da autuação; que a autuante poderia ter relacionado tais notas fiscais em um anexo, e nesse caso, deveria entregar cópia ao contribuinte. Entretanto, não é acatada tal alegação, conforme já comentado neste voto, haja vista que foram elaborados demonstrativos nos quais estão relacionadas as notas fiscais objeto do lançamento e fornecidas cópias ao representante do autuado.

Em relação às aquisições de mercadorias, a escrituração deve ser efetuada no Registro de Entradas, por ordem cronológica, e os lançamentos devem ser feitos documento por documento, haja vista que o mencionado livro se destina a registrar as entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento (art. 322, do RICMS/97), sendo que a falta de escrituração constitui irregularidade punível com multa de 10% do valor comercial do bem, mercadoria ou serviço sujeito a tributação, conforme art. 42, inciso IX, da Lei 7.014/96. Portanto, é procedente a exigência fiscal neste item.

Infração 13 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimimento de Caixa de origem não comprovada, no período de dezembro de 2001 a dezembro de 2002, conforme lançamentos constatados pela autuante na escrituração contábil, livro Diário, fotocópias às fls. 852 a 907 dos autos.

O defendente alegou que no Auto de Infração, a autuante não fez referência de que o lançamento foi efetuado por presunção de omissão de saídas relativamente ao suprimimento de Caixa. Se tivesse realizado o lançamento sob forma de presunção as alegações defensivas seriam outras.

Entretanto, foi efetuada a descrição dos fatos de forma pormenorizada, indicando onde foram obtidos os dados (Livro Diário), datas e respectivos lançamentos. Portanto, a falta de indicação do termo “suprimento” não causou qualquer prejuízo para a defesa do autuado. Ademais, da leitura da peça defensiva constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada e a forma de apuração do débito.

A legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, considerando que foi constatado suprimento de Caixa de origem não comprovada (art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96), e no caso em exame, se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e os documentos estão de posse do autuado, cuja prova da origem do recursos poderia ter sido juntada aos autos.

A exigência do imposto está respaldada em levantamento fiscal efetuado regularmente, estando a irregularidade apontada nos autos devidamente caracterizada e comprovada, por isso, é subsistente a infração apurada haja vista que o saldo credor de Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto, anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Vale ressaltar, que embora tenha impugnado parcialmente o presente Auto de Infração, não foi acostado aos autos qualquer documento ou demonstrativo para contrapor o levantamento fiscal, e de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que está comprovado nos autos o cometimento das infrações apontadas pela autuante.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 180461.0003/04-5, lavrado contra **NORDESTÃO COMÉRCIO DE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$295.875,80**, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.862,30 e 70% sobre R\$281.013,50, previstas no art. 42, inciso II, “a” e “d”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, além das multas de **R\$7.301,63**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais e **R\$90,00**, prevista no art. 42, inciso XX, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de setembro de 2004.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRES. EM EXERCÍCIO/RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - JULGADOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR