

A. I. Nº - 298921.1003/05-0
AUTUADO - PASSOS DE CERQUEIRA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - ARI SILVA COSTA
ORIGEM - INFAZ VALENÇA
INTERNET - 01.09.05

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0290-02/05

EMENTA: ICMS. 1. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. SAÍDA DE MERCADORIA NÃO CONSIDERADA COMO CESTA BÁSICA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração comprovada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Não elidida a infração. 3. ENTRADA 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. Comprovada a ocorrência através de cópias de notas fiscais coletadas no CFAMT no trajeto das mercadorias para o estabelecimento autuado, e servem como elemento de prova do cometimento da infração. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTAS. a) NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MERCADORIA NÃO TRIBUTÁVEL. Infração não elidida. Reduzido o débito em virtude de parte dos valores apurados já está contido na apuração da infração 3. b) DMA (DECLARAÇÃO E APURAÇÃO MENSAL DO ICMS). DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Multa absorvida pela ocorrência de que trata a infração 3 Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/03/2005, para exigência de ICMS e multa no valor total de R\$ 5.370,90, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, no valor de R\$ 3.451,51, em razão de erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. O contribuinte aplicou a alíquota inferior à determinada na legislação, na comercialização de mercadorias não consideradas como da “cesta básica”, nos exercícios de 2001 e 2002, conforme levantamento quantitativo às fls. 14 a 26.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação no valor de R\$ 416,85, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras

Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de abril, julho e novembro de 2001, e abril de 2002, conforme demonstrativo à fl. 32.

3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 1.205,08, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas com base em notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, no meses de março a maio, e agosto de 2001, janeiro, março, junho e julho de 2002.
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril, maio, julho e novembro de 2001, fevereiro a maio, julho, agosto, novembro e dezembro de 2002, sujeitando-se à multa no valor de R\$ 157,46, equivalente à 1% sobre o valor comercial das entradas não escrituradas, conforme demonstrativo e documentos às fls. 33 a 59.
5. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), relativa ao mês de dezembro de 2002, sujeitando-se a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00.

O autuado, representado por advogado legalmente constituído, apresentou a defesa constante às fls. 63 a 78, na qual, após descrever os fatos que ensejaram as acusações fiscais, teceu algumas considerações sobre princípios de direito, e em seguida, argüi a nulidade das infrações 02, 03 e [03], com fulcro no artigo 18, IV, “a”, combinado com o artigo 41, II, do RPAF/99, sob alegação de que, por se tratar de cobrança de imposto por presunção relativa, as imputações estão desprovidas de elementos comprobatórios.

Argumenta que sem a prova da entrada das mercadorias no estabelecimento não pode o Fisco estadual exigir o pagamento de tributo, pois entende que caberia ao autuante comprovar que efetivamente as mercadorias foram entregues ao estabelecimento, mediante a apresentação dos seguintes documentos: a) canhoto de recebimento da mercadoria assinado por qualquer preposto da empresa; b) que ao passar pelos postos fiscais o Fisco acompanhasse aonde foram descarregadas as mercadorias; c) fosse verificada, após a entrega, seu registro nos livros fiscais da empresa; ou, d) que fosse verificado o depósito em estabelecimento clandestino, caso fosse possuidor do mesmo.

Além disso, falou da necessidade de que qualquer ato da autoridade fiscal deve ser motivado e acompanhado de provas, salientando que o autuante poderia ratificar a ação fiscal com o comprovante de pagamento das referidas compras junto aos fornecedores e dos respectivos fretes, e que tais pagamentos refletiram na conta Caixa/Bancos ou na conta Fornecedores, seja a aquisição à vista ou a prazo.

Citou a jurisprudência do TJ/RJ no sentido de que sem a prova da saída de mercadorias do estabelecimento autuado, não pode o Fisco pretender o recebimento do tributo, e o Acórdão JFJ nº 0101-02/02 do CONSEF em que foi julgado nulo Auto de Infração por inexistência nos autos de elementos caracterizadores da realização de operação de venda sem documento fiscal.

No caso, sustenta que a acusação fiscal trata-se de mera presunção, pois não restou comprovado o pedido e o recebimento das mercadorias pelo estabelecimento autuado, e o comprovante de pagamento da fatura e do frete, ou a diferença no estoque.

Comentando sobre a necessidade de ser apresentada prova sobre o fato objeto da autuação, citou a jurisprudência do CONSEF através da Resolução nº 2.012/98; e dos Acórdãos JFJ nº 0001-04/02 e 0386-04/02.

No mérito, impugnando a infração 01, comentou sobre os elementos necessários a serem considerados no ato administrativo, e alegou que falta motivação para a acusação fiscal de que houve erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas,

constantes no Anexo 01, por entender que houve interpretação errônea do autuante ao exigir complementação de alíquota de mercadorias que fazem parte da “cesta básica”.

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração ou caso contrário, sua improcedência.

Na informação fiscal às fls. 88 a 90, analisando a infração 01, o autuante esclarece que a sua ação fiscal está baseada na OS nº 536723/04, e que foi emitida em razão de haver erro em alíquotas no programa do ECF. Diz que o Anexo 01 (docs. fls. 14 a 31) está totalmente correto, e o autuado alegou equívoco no mesmo, porém não comprovou materialmente através de demonstrativo ou documento que descaracterizasse as alíquotas que foram aplicadas. Juntou cópias de algumas notas fiscais às fls. 27 a 31 para comprovar as alíquotas que foram aplicadas indevidamente pela empresa.

No tocante as infrações 02, 03 e 04, relativas a falta de antecipação tributária e falta de registro de notas fiscais de compras, o preposto fiscal argumenta que as infrações estão devidamente caracterizadas, salientando que as notas fiscais encontram-se às fls. 34 a 59, e comprovam que a razão social, endereço, inscrição estadual e CNPJ correspondem com os dados cadastrais do estabelecimento.

Destaca que as infrações foram todas baseadas nas normas e princípios de direito vigentes, e que sua ação fiscal está totalmente vinculada à legislação tributária, e que para descaracterizar as infrações o autuado não apresentou na defesa cópia de livro ou documento que comprovasse que os documentos fiscais foram escriturados na escrita fiscal e/ou contábil.

Ressalta que a presença das notas fiscais com todos os dados de identificação do estabelecimento ratifica o princípio da verdade material, pois os documentos fiscais são originais, além dos demais documentos que instruem a autuação, quais sejam, o próprio auto de infração, intimações, levantamentos, demonstrativos e documentos intrinsecamente relacionados com as infrações, conforme documentos às fls. 01 a 60.

Conclui que a jurisprudência e os acórdãos citados na defesa, bem como, os demais argumentos defensivos são insuficientes e desprovidos de elementos de provas que ensejem a nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, relativamente a infração 01, o preposto fiscal destaca que as mercadorias elencadas no Anexo 01 (doc. fl. 14), não fazem parte da cesta básica, prevista no artigo 51, inciso I, do RICMS/97, e argumenta que a sua atividade foi plenamente vinculada sem qualquer subjetivismo ou arbitrariedade, pois houve motivação para a autuação em conformidade com as disposições legais, e que a defesa é inconsistente por falta de prova material em sentido contrário à autuação.

Com relação às infrações 02, 03 e 04, salienta que o autuado não apreciou o mérito das mesmas, e quanto a infração 05, não houve qualquer menção dela no processo.

Manteve integralmente a sua ação fiscal pela procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na análise das peças que compõem o processo, é possível concluir o seguinte.

Infração 01 - Erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, em razão de terem sido consideradas pelo estabelecimento várias mercadorias como sendo da “cesta básica”, e aplicada a alíquota de 7% ao invés de 17%.

A exigência fiscal foi calculada com base no percentual de 10% equivalente a diferença percentual que deixou de ser tributada nas operações realizadas, tomando por base o valor das saídas de “Leite Ninho” efetuadas pelo estabelecimento no exercício de 2001, constantes das

notas fiscais relacionadas às fls. 22 a 26, e a quantidade de saída apurada no levantamento quantitativo das saídas relativo ao exercício de 2002, relativamente às mercadorias: “queijo”; “leito em pó”; “óleo vegetal”; “detergente”; “desinfetante” e “uva”, consoante demonstrativos às fls. 14 a 21.

Nos referidos demonstrativos encontram-se devidamente discriminados todos os documentos fiscais utilizados na apuração do débito, cujo autuado recebeu cópias dos mesmos, e não apontou qualquer erro nos números, tendo argüido que falta motivação para a acusação fiscal de que houve erro na aplicação da alíquota cabível nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, por entender que houve interpretação errônea do autuante ao exigir complementação de alíquota de mercadorias que fazem parte da “cesta básica”.

Observo que assiste razão em parte ao autuado, e portanto, o acerto da ação fiscal, visto que as mercadorias acima citadas, com exceção de “óleo vegetal”, não estão contempladas no artigo 50, inciso I, alínea “a”, do RICMS/97, e o autuado não apresentou qualquer prova no sentido de que as operações realizadas se enquadram na alínea “b” do citado dispositivo regulamentar. Desta forma, excluindo-se da ocorrência com data de 31/12/2002 o débito correspondente a esta mercadoria ($R\$2.398,57 - R\$14,90 = R\$ 2.383,67$), a exigência fiscal fica reduzida para o valor de $R\$ 3.436,61$ ($R\$2.398,57 - R\$14,90$). Subsiste em parte este item da autuação.

Infrações 02, 03 e 04 - Falta de antecipação tributária; entradas não contabilizadas; e falta de escrituração de nota fiscal de aquisição de mercadoria não tributável.

Analisarei estas infrações conjuntamente, tendo em vista que todas elas se originam de notas fiscais coletadas nos postos fiscais, cujas preliminares de nulidade apresentadas na defesa pelo autuado se confundem com o mérito da questão.

A preliminar de nulidade argüida está fundamentada no artigo 18, IV, “a”, combinado com o artigo 41, II, do RPAF/99, sob alegação de que, por se tratar de cobrança de imposto por presunção relativa, as imputações estão desprovidas de elementos comprobatórios.

Reza o artigo 41, II, do RPAF/99, que o Auto de Infração deverá estar acompanhado dos demonstrativos e levantamentos, e das demais provas que houver sobre os fatos argüidos.

No caso, verifico que se encontram presentes nos autos os levantamentos e demonstrativos analíticos de cada infração, com a indicação do número das respectivas notas fiscais, data, nome do fornecedor, valor da operação e o valor do débito, conforme Anexos 02, 03 e 04 (fls. 32, 33 e 49), além das vias dos documentos fiscais coletadas nos postos fiscais e que originaram cada débito apurado, em cujos demonstrativos constam a assinatura de preposto da empresa declarando que recebeu uma cópia deles. O autuado não nega o recebimento dos documentos que instruem os autos, inclusive pelos argumentos defensivos nota-se que entendeu perfeitamente as acusações fiscais.

Quando a fiscalização no curso da ação fiscal constata que o contribuinte não contabilizou nem escriturou notas fiscais de aquisição coletadas nos postos fiscais contendo todos os seus dados cadastrais, neste caso, está configurada a presunção legal de omissão de saídas anteriores correspondente à entrada de mercadorias não contabilizada ou o descumprimento de obrigação acessória pela não escrituração na escrita fiscal dos respectivos documentos fiscais.

Portanto, não acolho o argumento defensivo de que as imputações estão desprovidas de elementos comprobatórios, haja vista que, no tocante às infrações 03 e 04, a imputação encontra amparo no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97, pois se trata de uma presunção legal de omissão de saídas, e no artigo 322, por falta de registro de notas fiscais, e caberia ao autuado apresentar provas capazes para elidi-la, indicando a fonte de recursos utilizada para o pagamento das citadas

aquisições, e a prova que as notas fiscais foram escrituradas no Registro de Entradas. Nestes termos, subsistem as infrações 03 e 04, pois os documentos fiscais não registrados se constituem como elementos materializadores das ocorrências, e servem de elementos de prova, pois foram colhidos no trajeto das mercadorias para o estabelecimento.

Entendo que, ao contrário do que alegou o autuado, caberia ao mesmo, se fosse o caso, comprovar que não efetuou nenhum pedido das mercadorias, e, conseqüentemente, que não recebeu as mercadorias, e não efetuou o pagamento das faturas delas decorrentes, provas essas, que poderia ter sido obtida juntos aos seus fornecedores.

Desta forma, não tendo sido apresentado documentos capazes para elidir as infrações, subsistem as infrações 03 e 04, o que torna devida, também, a exigência da antecipação tributária das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e oriundas de outras unidades da Federação de que cuida a infração 02.

Considero que a jurisprudência citada na defesa não se aplica ao presente caso, e de acordo com o que foi acima comentado, rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo patrono do autuado, por considerar que ela não encontra amparo no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99.

Contudo, em obediência ao princípio da legalidade, cumpre observar ainda, que as infrações 03 e 04 foram constatadas através de entradas não registradas, sendo cobrado no primeiro caso o imposto relativo a omissões de saídas anteriores (presunção legal de omissão de saídas), e no outro item aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória.

Está previsto no §5º do artigo 915 do RICMS/97 que a multa por descumprimento de obrigação acessória é absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal sempre que se tratar de cometimento em que o descumprimento da obrigação principal seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória.

No caso presente, observando-se o disposto no citado dispositivo regulamentar, a multa aplicada pelo descumprimento de obrigação acessória de que cuida a infração 04, relativa aos meses de 04/2001; 05/2001; 03/2001 e 07/2001, fica absorvida pela multa do descumprimento da obrigação principal referente a infração 03, por estar a ela vinculada.

Desta forma, devem ser excluídos os valores assinalados no quadro abaixo.

| DATA.OCORR. | INFRAÇÃO 03 | INF. 04 LANÇADA | INF. 04 DEVIDA |
|-------------|-------------|--------------------|-------------------|
| mar/01 | 98,60 | | |
| abr/01 | 185,39 | 12,42 | |
| mai/01 | 91,29 | 5,09 | |
| jul/01 | | 7,88 | 7,88 |
| ago/01 | 121,02 | | |
| nov/01 | | 16,71 | 16,71 |
| 01/-2 | 237,24 | | |
| fev/02 | | 5,56 | 5,56 |
| mar/02 | 88,50 | 2,65 | |
| abr/02 | | 7,03 | 7,03 |
| mai/02 | | 5,58 | 5,58 |
| jun/02 | 265,74 | | |
| jul/02 | 117,30 | 10,19 | |
| ago/02 | | 37,17 | 37,17 |
| nov/02 | | 10,19 | 10,19 |
| dez/02 | | 36,99 | 36,99 |
| TOTAIS | 1.205,08 | 157,46 | 127,11 |

Assim, fica mantida exigência fiscal relativa à infração 03 no valor de R\$ 1.205,08, e reduzido o débito da infração 04 para a cifra de R\$127,11.

Finalmente no que concerne a infração 05, referente a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS), relativa ao mês de dezembro de 2002, embora o fato não tenha sido contestado, contudo, considerando que esta ocorrência é uma consequência direta do descumprimento da obrigação principal de que cuida a infração 03, não subsiste este item.

Ante o exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração, no valor de R\$ 5.185,65.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **298921.1003/05-0**, lavrado contra **PASSOS DE CERQUEIRA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 5.058,54**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 3.853,46 e 70% sobre R\$ 1.205,08, previstas no artigo 42, II, “a” e “d”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 127,11**, prevista nos incisos XI, do citado dispositivo legal.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2005.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR