

PROCESSO - A. I. Nº 232854.0061/05-0
RECORRENTE - A.D.M. DISTRIBUIDORA EMPACOTADORA E BENEFICIADORA DE CEREAIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0046-05/06
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 18/05/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0194-12/06

EMENTA: ICMS. 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. As notas coletada pelo CFAMT servem como meio de prova hábil quanto ao cometimento da infração. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a R. Decisão prolatada pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão nº JJF 0046/05-06, que julgou pela Procedência do Auto de Infração em epígrafe.

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, exige ICMS no valor de R\$225.987,02 com multa de 70%, em razão de falta de recolhimento do imposto referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Consignou o autuante que o contribuinte deixou de registrar nos livros fiscais próprios operações com mercadorias cujas notas fiscais foram obtidas através do sistema CFAMT.

O autuado, à fl. 96, solicitou cópias reprográficas das notas fiscais que fundamentaram o PAF em lide, aduzindo que as mesmas não lhes foram entregues na data de ciência do Auto de Infração. Requereu também a reabertura do prazo de defesa por não ter podido apreciar o lançamento de ofício em tela sem a documentação que deu origem ao mesmo.

O autuante confirmou que não foram entregues as cópias das notas fiscais (fl. 97), embora o autuado tenha recebido cópia do demonstrativo de débito, no qual estão relacionadas todas as notas fiscais referidas no Auto de Infração. Observou que o processo fiscal em apreço ficou na repartição fiscal pelo tempo regulamentar, onde o contribuinte poderia, se quisesse, ter amplo acesso ao mesmo. Opinou pelo atendimento ao pleito do contribuinte.

O contribuinte impugnou o lançamento fiscal, fls. 101 a 117 dos autos, alegando, inicialmente, que o dever jurídico de pagar um tributo só ocorre quando um fato do mundo social compõe a figura do tipo tributável em todos os seus elementos. Explicou que são quatro os elementos: o pessoal (sujeito ativo e passivo), material (coisa ou pessoa tributável), o espacial (que descreve onde o acontecimento ocorrerá) e o temporal, cabendo ao fisco comprovar a ocorrência de cada um deles. Trouxe ensinamento de Alberto Xavier sobre a tipicidade cerrada, concluindo que as cláusulas gerais para exigência de imposto devem estar fixadas o mais rigorosamente possível. Acrescentou que o Auto de Infração em exame partiu da presunção de que diversas notas fiscais entraram no estabelecimento da empresa sem o devido registro na escrita fiscal. Disse que cabe

ao Estado prover à acusação a ele feita de prova incontestável, não se podendo atribuir essa condição a uma simples presunção. Observou que é comum empresas de outros estados adquirirem mercadorias em nome de outras, com o fim de elidir o pagamento do imposto devido. Asseverou que este Conselho de Fazenda tem conhecimento desta situação, razão pela qual não tem amparado autuações como essa. Ressaltou que o autuante não acostou ao PAF os canhotos das notas fiscais relacionadas no Auto de Infração em questão, os quais comprovariam o efetivo recebimento por parte do autuado. Declarou que, como não restou provado a entrada efetiva das mercadorias, não se pode lhe imputar a exigência de imposto amparada sobre mera presunção. Salientou que só possui um meio de provar que as mercadorias não entraram no seu estabelecimento – que é pela não escrituração das mesmas em seus livros fiscais. Já o Fisco dispõe de várias maneiras, inclusive pode auditar os fornecedores, comprovando ou não a entrega dos produtos listados no demonstrativo fiscal. Observou que cabe ao fisco o ônus da prova no ilícito tributário e que esta não se encontra devidamente consubstanciada nos autos.

Quanto ao mérito, impugnou a forma de apuração por entender que diversas mercadorias constantes neste lançamento de ofício se encontram com tributação encerrada (substituição tributária) ou não são tributadas. Preconizou a aplicação da penalidade de 1% sobre o valor das entradas para os produtos não alcançados pela tributação. Afirmou que reconhece a autuação neste percentual para as mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, para as mercadorias isentas e, por fim, para os produtos da cesta básica. Com relação às demais mercadorias, cuja incidência do ICMS é pela forma normal de apuração, admitiu a procedência, desde que a exigência fiscal se restrinja à aplicação da multa de 1% sobre as parcelas remanescentes após a compensação do crédito fiscal que porventura tenham.

Discorreu sobre o ICMS e o imposto que o precedeu, o de Vendas e Consignações (IVC), para concluir que o ICMS não recai sobre o valor “agregado” ou “juntado”, como no direito francês ou espanhol, mas sim sobre a circulação de mercadorias. Explicou que o ICMS é um imposto que recai sobre pessoas definidas em lei complementar como contribuintes pela prática de operações que configurem uma fase de circulação econômica da mercadoria, qualquer delas, desde que definidas em lei ordinária. Transcreveu lição de Rubens Gomes de Sousa sobre os pressupostos fáticos do ICMS, com o fim de vincular a ocorrência do imposto a uma saída física de mercadoria (envolvendo ou não a transmissão de propriedade) promovida por comerciante, industrial ou produtor. Ressaltou o fato do ICMS ser um imposto não cumulativo, com o fim de alegar a necessidade de se compensar o imposto pago anteriormente no momento da aplicação da norma tributária, não importando, para tanto, se houve ou não valor acrescido. Citou ensinamento de Gilberto Ulhôa Canto para concluir que a não cumulatividade é um princípio constitucional, não podendo ser derogada pelo legislador ordinário.

Trouxe aos autos doutrina enunciando conceito sobre a proporcionalidade e razoabilidade como conceitos do direito administrativo. Finalizou reconhecendo parcialmente as infrações elencadas na exordial, conforme fls. 124 a 135 do PAF.

O autuante, ao prestar a informação fiscal, fls. 138 a 139 dos autos, disse ter agido acertadamente, fundamentando o procedimento utilizado nos art. 936 do RICMS e no art. 42, III, da Lei 7014/96. Opinou pela manutenção da autuação.

A referida 5ª JF decidiu baixar o processo em diligência com o fim de se entregar ao autuado cópias das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, que subsidiaram a lavratura do presente lançamento de ofício, reabrindo-se o prazo de defesa. Após cumprido o determinado (fls 160 e 161), e manifestando-se o sujeito passivo tributário pelo prosseguimento do feito (fl. 163), o PAF foi encaminhado a este CONSEF para julgamento.

Através do Acórdão JF Nº 0046-05/06, a 5ª JF julgou Procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitada a preliminar de nulidade referente à inidoneidade como meio de prova das notas fiscais colhidas através do sistema CFAMT, posto que *“Este Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, por meio de Acórdãos prolatados, consolidou a jurisprudência em relação à aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, comprovado pelas vias de notas fiscais retidas através do CFAMT”*; além disso, a *“presunção é uma das raras hipóteses em que há inversão do ônus da prova, cabendo ao autuado apresentar provas que a afastem”*, à luz do quanto disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo teor transcreveu;
- b) no que concerne à alegação defensiva de que parte das notas fiscais não escrituradas era de mercadoria com imposto pago antecipadamente ou sem tributação, entendeu a R. Junta que razão não assiste ao autuado, tendo em vista que *“A presunção que a Lei estabelece é quanto a uma série de estágios diferenciados, antecedentes lógicos da omissão de saídas verificadas em momento anterior às entradas não registradas, inter-relacionados entre si, cuja receita lastreou a aquisição de mercadorias não registradas (podendo ser esta tributável ou não)”*; nesse sentido, decidiu que *“o próprio conceito de presunção é tomar como certo algo que é apenas provável e, sendo provável é porque tem de existir uma infinidade de hipóteses alternativas ao fato presumido”*, salientando que toda presunção não é definitiva, admitindo prova em contrário, sendo tal ônus do contribuinte e não do Fisco, à luz do art. 123, do RPAF/99.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 5ª JF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, tecendo considerações iniciais a respeito da tempestividade de sua peça recursal, bem como acerca do histórico do presente PAF, reiterando, inicialmente, todas as suas razões de defesa anteriormente apresentadas, *“como se todas as letras lá coladas aqui estivessem”*.

Acrescentou àquelas razões invocadas na defesa o fato de que a predominância das mercadorias que comercializa são de produtos enquadrados na cesta básica, cuja alíquota é de 7% (sete por cento), chamando a atenção também que no tocante à farinha de mandioca e mercadorias adquiridas com ICMS pago antecipadamente deve ser aplicada a multa de 1% (um por cento), pois a primeira é isenta e a segunda é não tributável, bem como ao fato de que as mercadorias com tributação normal (Débito/Crédito) com base no princípio da não-cumulatividade deve ser deduzido do ICMS apurado os créditos constantes na nota fiscal objeto da autuação.

Daí porque reconhece a procedência da penalidade fixa de R\$1.319,31, referente às mercadorias isentas (farinha de mandioca) e das mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária, bem como a procedência da quantia de R\$63.733,77, atinente aos produtos cesta básica (feijão e arroz) calculado com base na alíquota de 7%. Reconhece, ainda, a procedência das demais mercadorias na quantia de R\$18.823,84, respeitando o princípio da não-cumulatividade, apurado com alíquota de 17% deduzidos dos créditos constantes das notas objeto do lançamento fiscal.

Ao final, pugna preliminarmente pela realização de diligência, a fim de que seja demonstrada a procedência parcial do lançamento na quantia de R\$82.557,61 e a penalidade fixa na quantia de R\$1.319,31, protestando pela juntada posterior de documentos, acolhendo-se o Recurso Voluntário para lhe dar Provimento.

Em seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS assevera, inicialmente, que os documentos que lastreiam as infrações são cópias de notas fiscais coletadas junto ao CFAMT que indicam o autuado como destinatária e se referem a mercadorias compatíveis com sua atividade comercial, não tendo o recorrente colacionado aos autos qualquer elemento capaz de afastar as provas carreadas aos autos pelo autuante. Invoca decisões do CONSEF, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0105-11/05, JJF 0499-01/03 e CJF 0106-11/03, para corroborar o seu entendimento. Entende estar confirmada a presunção legal de omissão de saídas em razão da não contabilização de entradas de mercadorias.

Diverge, ainda, do entendimento esposado pelo recorrente, ao admitir o cálculo do imposto à razão de 7% para as mercadorias incluídas na cesta básica e de multa de 1% para as notas fiscais de farinha de mandioca, porque o que aqui se exige é ICMS por presunção de omissão de saídas anteriores, ou seja, não se exige o imposto relativo às presentes notas fiscais e sim por saídas anteriores tributadas que se deram sem o pagamento do mesmo, por presunção legal, para suportar os pagamentos das aquisições não registradas.

Ao final, opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto.

VOTO

Tendo em vista que o recorrente reiterou os argumentos de sua peça defensiva, faz-se mister o enfrentamento, de per si, dos mesmos, em sede de reexame da matéria.

Ab initio, há que ser rejeitada a preliminar de inidoneidade das notas fiscais, como meio de prova, colhidas pelo CFAMT, suscitada pelo recorrente. Isto porque pacífica e cristalina é a jurisprudência deste CONSEF, no sentido de que deve ser aplicada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, comprovado mediante o CFAMT. Logo, aplica-se ao caso vertente a inversão do ônus da prova, cabendo ao oro recorrente a apresentação de provas que afastem a referida presunção, à luz do quanto insculpido no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96.

De igual forma, razão não assiste ao recorrente no que tange ao argumento de que parte das notas fiscais não escrituradas era de mercadoria com imposto pago antecipadamente ou sem tributação.

In casu, exige-se ICMS por presunção de omissão de saídas anteriores, isto é, não se está a cobrar o ICMS referente as presentes notas fiscais, mas sim, por saídas anteriormente tributadas que ocorreram sem pagamento do imposto, por presunção legal, a fim de suportar os pagamentos das aquisições não registradas.

Ex positis, com espeque no Parecer emitido pela ilustre representante da PGE/PROFIS, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de 1ª Instância em todos os seus termos.

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 232854.0061/05-0, lavrado contra **A.D.M. DISTRIBUIDORA EMPACOTADORA E BENEFICIADORA DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$225.987,02**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de maio de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

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