

PROCESSO - A. I. Nº 276473.1204/05-2
RECORRENTE - SUPERMERCADO RONDELLI LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 5ª JF nº 0164-05/06
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 29/09/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0348-12/06

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A entrada de bens ou mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração não elidida. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª JF pertinente do Acórdão nº 0164-05/06 que julgou Procedente o Auto de infração em epígrafe, o contribuinte através de advogado legalmente habilitado interpõe o presente Recurso.

O lançamento de ofício efetuado em 28/12/2005, exige ICMS no valor de R\$29.942,52 acrescido da multa de 70%, tendo em vista a constatação da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (2000 – janeiro, março a maio, julho a novembro; 2001 – janeiro, fevereiro, maio, julho; 2002 – fevereiro, abril, junho, julho, novembro, dezembro; 2003 – janeiro a abril, junho a setembro, dezembro; 2004 – janeiro a setembro).

Em seu voto a Sra. relatora ressaltou que : *“o próprio autuado buscou sanar a falta de apresentação dos levantamentos fiscais e das cópias das notas fiscais base da autuação. Este procedimento foi realizado pela Inspetoria e o Sr. Inspetor Fazendário devolveu o prazo de defesa ao contribuinte. A infração acusada na presente ação fiscal trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Ou seja, a razão da autuação foi a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, pois a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso Voluntário para realizar aquisições não registradas”*. O autuado, em sua defesa, afirmou ser equivocada a autuação uma vez que já havia sido anteriormente lavrado outro Auto de infração, de nº 298942.0011/03-0, de 29/9/2003, cuja cópia foi apensada aos autos e que se encontra pendente de julgamento neste Colegiado. Entendeu que na situação estava havendo *bis in idem*, situação vedada pela norma legal vigente no País. Ao analisar o referido Auto de infração, razão não assiste ao defendente. Naquela ação fiscal foram constatadas as seguintes irregularidades: falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária (infração 2), diferença de alíquota sobre ativo fixo e para consumo do próprio estabelecimento (infrações 3 e 4) e omissões de saídas de mercadorias apuradas através de diferenças entre os valores escriturados no livro Registro de Saídas e os informados no relatório Razão Analítico, decorrente do uso irregular de ECF (infração 5) e a falta de entrega de arquivos magnéticos (infração 6). Todas estas irregularidades possuem natureza diversa da ora combatida, não tendo com ela qualquer relação. Assim não se pode falar em *bis in*

idem para as mesmas. Quanto á infração 1 daquele Auto de infração foi exigido multa de 10% sobre o valor comercial de mercadorias tributáveis entradas no estabelecimento e não registradas no mês de março de 2003. Portanto, qualquer semelhança de base de cálculo e fato gerador do ICMS ela se restringe a este mês, ou seja, março de 2003 e não a totalidade da autuação. Observando as duas infrações, a primeira do Auto de infração nº 298942.0011/03-0 e a ora combatida entendo que o fato é o mesmo. No entanto, neste momento não posso acolher o argumento de defesa por dois motivos:

- 1 as notas fiscais foram colhidas através do Sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda. Esta Central de Coleta de documentos fiscais no trânsito de mercadorias retém apenas uma via do documento fiscal. Quando elas são carregadas a um processo esta Central pode apresentar, posteriormente, uma listagem dos documentos que foram retidos, mas não mais a via da nota fiscal, pois não mais em seu poder. Assim, os documentos fiscais que foram apensados ao Auto de infração nº 298942.0011/03-0, lavrado em 29/9/2003, não mais estavam com o CFAMT. A presente autuação se deu no ano de 2005. Qualquer nota fiscal que tenha sido arrecadada pela Central de Coleta e que até este ano estava em seu poder não foram auditadas.
- 2 as notas fiscais foram apresentadas pelo fisco estadual. Caberia ao sujeito passivo tributário desconstituir a presunção apurada provando com o seu livro Registro de Entradas ou mesmo o levantamento fiscal realizado quando da lavratura do AI nº 298942.0011/03-0, conforme disposto no art. 123, do RPAF/99. Em vista do exposto, a autuação é mantida e voto pela procedência do Auto de infração para exigir o ICMS no valor de R\$29.942,52.

Em seu Recurso Voluntário o contribuinte *“inicialmente reitera todos os termos das argumentações já deduzidas em sua impugnação inicial onde propugna pela improcedência do AI, em face das argumentações ali lançadas e que não foram enfrentadas com a devida seriedade pela Egrégia JJF, que passou ao largo do exame das questões deduzidas”*. Em seguida acrescenta *“que há incongruência na Decisão recorrida e que a mesma é nula por apoiar-se em mera ilação do julgador sem se ater a fatos concretos devidamente provados”*. Comenta a respeito da autuação por presunção e da impossibilidade desta em relação a supermercado por falta de registro de entradas. Refere-se também ao direito ao crédito do imposto em *“autuações desta natureza”*. Pede Provimento ao Recurso Voluntário.

Em seu Parecer opinativo a PGE/PROFIS após breve relatório conclui: *“cumpre observar que a verificação de omissão de saída decorrente da existência da entrada de mercadorias não registradas, se trata de presunção relativa, cabendo ao autuado ilidir tal assertiva, o que não logrou êxito, não apresentado nenhum documento ou elemento novo capaz de afastar a presunção legal. Por outro lado não assiste razão ao oro recorrente ao afirmar que o autuante não considerou os créditos vinculados às mercadorias objeto das notas fiscais que ensejaram a autuação uma vez que o imposto cobrado não corresponde a operação de venda destas mesmas mercadorias, pois, conforme consta da Decisão recorrida, a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso Voluntário para realizar as aquisições não registradas. Deste modo contrariamente do que afirma o recorrente seria cabível, se for o caso, apenas, a escrituração, pelo próprio contribuinte de tais créditos nos seus livros fiscais”*. Desse modo, diante das considerações acima expendidas opino pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para que seja mantida a Decisão de fls. 159/161.

VOTO

O Recurso Voluntário apresentado pelo contribuinte textualmente *“reitera todos os termos das argumentações já deduzidas em sua impugnação inicial...”*. De modo diverso do que afirma Sr. Advogado, todas as argumentações ali lançadas foram enfrentadas com a costumeira seriedade pela Egrégia JJF e nenhuma das questões deduzidas deixou de ser devidamente analisada. Ao argüir a provável incongruência na Decisão recorrida como uma causa de possível nulidade,

invoca aquele causídico, a existência de uma “*mera ilação do julgador sem se ater a fatos concretos devidamente provados*”. É provável que o Sr. Advogado do contribuinte queira referir-se a possível demonstração física da presunção. É intuitivo que o caráter de presunção emprestado pelo legislador está exatamente na impossibilidade de fazê-lo de maneira concreta no que diz respeito, por exemplo, a saber-se qual a mercadoria tributável que teria sido, por exemplo, objeto de saída sem pagamento do imposto. Embora vista com muita reserva pelos aplicadores do direito a presunção continua válida como forma de apuração de valores que concretamente existiram, mas que o ardil ou a forma dissimulada como foram feitas estas prováveis operações tributáveis, não se tornam transparentes. Acresça-se ao importante fato que obrigatoriamente deve-se oportunizar, como no presente PAF, ao contribuinte a demonstração do contrário daquilo que o fisco presumiu.

Não nos resta outro caminho senão acompanhar o Parecer enunciativo da PGE/PROFIS no sentido que se tratando de uma presunção relativa, caberia ao recorrente ilidi-la, o que não aconteceu. A inexistência de argumentos fáticos ou jurídicos ou qualquer elemento novo capaz de afastar a presunção legal nos leva a considerá-la como corretamente aplicada. E neste mesmo diapasão acompanhamos o opinativo no sentido de que “*não assiste razão ao oro recorrente ao afirmar que o autuante não considerou os créditos vinculados às mercadorias objeto das notas fiscais que ensejaram a autuação uma vez que o imposto cobrado não corresponde a operação de venda destas mesmas mercadorias, pois, conforme consta da Decisão recorrida, a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse Recurso Voluntário para realizar as aquisições não registradas. Deste modo contrariamente do que afirma o recorrente seria cabível, se for o caso, apenas, a escrituração, pelo próprio contribuinte de tais créditos nos seus livros fiscais*”.

Voto, portanto, de acordo com o aqui exposto, 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 homologado a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de infração nº **276473.1204/05-2**, lavrado contra **SUPEMERCADO RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$29.942,52**, sendo R\$1.826,64, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios e R\$28.115,88, acrescido da mesma multa e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

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