

A. I. Nº - 269199.0020/05-6
AUTUADO - MAKRO ATACADISTA S/A
AUTUANTE - SAYONARA AGUIAR P. RODRIGUES e SIMONE M. VALVERDE GUIMARÃES
ORIGEM - IFEP/METRO
INTERNET - 12/04/2006

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0105-05/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração caracterizada e não contestada. 2. BASE DE CÁLCULO. REDUÇÃO INDEVIDA. ÓLEO DE SOJA/AZEITE DE OLIVA. O benefício da redução de base de cálculo previsto no art. 87, VII, do RICMS/97, refere-se a óleo refinado de soja (NBM/SH 150790.10). Infração comprovada. 3. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO NÃO TRIBUTÁVEL. RAÇÃO PARA ANIMAIS, ERVILHAS E LEITE FERMENTADO. Infração não contestada. 4. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO NAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de prestações tributáveis anteriormente realizáveis e também não contabilizadas. Infração não elidida. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO A MAIS. Infração admitida pelo sujeito passivo Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2005, reclama ICMS no valor de R\$37.052,63, acrescido das multas de 60% e 70%, decorrente das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação. Recolhimento a menos tendo em vista erro na utilização da MVA (exercício de 2004) – R\$1.654,16;
2. Falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da base de cálculo. Vendas de mercadorias cuja NCM não está relacionada no benefício da redução do óleo de soja (janeiro a março de 2004) – R\$253,50;
3. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas (janeiro a setembro de 2004) – R\$1.905,05;
4. Omissões de saídas tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas no exercício de 2004 - R\$31.273,56;

5. Utilização a maior de crédito fiscal relativo a antecipação parcial do imposto sobre mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação ou do exterior (dezembro de 2004) – R\$1.966,36.

O autuado apresentou defesa (fls. 150/159), através de advogado, reconhecendo “por razões gerenciais” as infrações apontadas como 1, 2, 3 e 5 no Auto de Infração. Informou que, posteriormente, iria apensar aos autos as guias de comprovação deste recolhimento, impugnou a infração 4.

Ressaltou que jamais deu saídas de qualquer mercadoria sem estar acobertada do seu respectivo documento fiscal. Observou que daquelas indicadas pela fiscalização do trânsito, e autuadas, muitas foram devolvidas aos seus respectivos fornecedores não dando entrada em seu estabelecimento. Assim, não se podia falar em suas escriturações. Em outros casos, embora no documento fiscal esteja indicado o estabelecimento autuado como adquirente, a mercadoria foi entregue em outro local. Em resumo, disse, a fiscalização, apenas com conferência de documentos fiscais na fronteira, não havia analisado se os produtos foram efetivamente entregues no seu estabelecimento e, mais, importante, se de fato foram comercializados por ele.

Informou que ainda estava localizando as provas do seu argumento e, por isto, requereu a posterior juntada de documentos fiscais. Além deste procedimento, que as fiscais autuantes realizassem diligência em seu estabelecimento comercial visando uma análise mais detalhada de seus livros fiscais e controles dos estoques para que não restassem dúvidas a respeito do assunto.

Intitulando a defesa como “ilegalidade da utilização da presunção como meio de prova”, entendeu necessária a demonstração inequívoca, por parte da fiscalização, de que existiram as entradas das mercadorias e suas posteriores saídas sem a emissão de documentos fiscais. Entender de outra forma, continuou, era utilizar de uma presunção para formalizar exigência tributária sem base legal, pois o simples fato de que as mercadorias passaram pelas fronteiras do Estado acobertadas de notas fiscais endereçadas à empresa autuada não garantia as suas entregas no local nelas indicado. Ressaltou de que para garantir um mínimo de segurança à autuação, deveria ter sido anexada aos autos cópia dos controles de estoques para se determinar ter havido qualquer alteração nas suas quantidades. Este procedimento não havia sido realizado.

Trazendo trecho de obra de Celso Bandeira de Melo, Ives Gandra da Silva Martins, Homero Prates e art. 112, do CTN, afirmou; a) o contribuinte que age de acordo com a legislação não precisa provar sua boa-fé; b) a autuação havia sido realizada com base em uma análise superficial dos documentos da empresa, que o fisco, amparado em uma legislação que protege demasiadamente os interesses fazendários, transfere a responsabilidade de provar a inocência ao contribuinte; c) em caso de dúvida, o citado art. do CTN determina que a lei tributária que define infrações deve ser interpretada de maneira mais favorável ao acusado. Transcreveu, em seguida, decisões deste Colegiado para dizer que ele não admite imposições de penalidades com base em presunção. Além do mais, haveria de ser considerado que a presunção de inocência até prova em contrário é uma garantia constitucional assegurada que estaria sendo desprezada se houvesse a admissão como legítima da autuação.

Por fim, requereu a improcedência do item combatido, a juntada posterior de provas e diligência fiscal para confirmação de suas alegações.

Contra argumentando as razões de defesa (fls. 216/217), as autuantes as rebateram por não ter sido apresentada qualquer prova que desconstituíse a infração. Em seguida, discorreram sobre as provas legais que o autuado poderia ter trazido ao processo. Afirmaram que o defendente havia dito, apenas para argumentar, que o fato da não escrituração de notas fiscais de entradas não

causaria qualquer prejuízo ao erário. Discordaram desta posição com base no art. 2, § 3º, do RICMS/97.

Opinaram pela procedência da autuação.

Consta á fl. 230 cópia de DAE do recolhimento do imposto reconhecido.

VOTO

O impugnante reconheceu o cometimento das irregularidades à legislação tributária estadual e apontada nos itens 1, 2, 3 e 5 do presente lançamento fiscal. Não havendo lide a ser decidida, as mantenho conforme apurados pela fiscalização e seguir indicadas:

1. Recolhimento a menos do imposto por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação – R\$1.654,16;
2. Falta de recolhimento do imposto referente à saída de produtos com utilização indevida do benefício da base de cálculo. Vendas de mercadorias cuja NCM não está relacionada no benefício da redução do óleo de soja – R\$253,50;
3. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas – R\$1.905,05;
4. Utilização a maior de crédito fiscal relativo a antecipação parcial do imposto sobre mercadorias adquiridas em outra unidade da Federação – R\$1.966,36.

Isto posto, passo a análise e decisão da matéria impugnada.

O item 4 da autuação trata das omissões de saídas tributáveis apuradas 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 para realizar aquisições não registradas. Esta é uma das poucas presunções determinada em lei e que cabe ao contribuinte a desconstituir. Desta forma, o entendimento do defendente de que a autuação não possui respaldo legal aqui não pode ser recepcionado, não tendo este Colegiado competência para discutir a inconstitucionalidade, ou não, da legislação tributária.

O defendente trouxe três argumentos para desconstituir a ação fiscal.

No primeiro disse que as autuantes se basearam tão somente em notas fiscais colhidas junto aos postos fiscais de fronteiras deste Estado sem realizar uma análise mais detalhada para saber se as mercadorias, cujos documentos estavam a ele destinados, de fato adentraram em seu estabelecimento e foram vendidos. Observou, ainda, que uma das provas que poderiam embasar a autuação seria verificar a movimentação dos seus estoques. A respeito deste argumento, ressalto que as notas fiscais colhidas junto aos postos de fronteiras desta Secretaria da Fazenda são documentos de prova para constatação da irregularidade em questão, uma vez que colhidas pelo próprio fisco estadual quando do trânsito das mercadorias, não havendo necessidade de se realizar levantamentos dos estoques da empresa ou mesmo se conhecer se houve, ou não, suas vendas. No mais, o impugnante a elas teve acesso, pois trouxe outras razões de defesa demonstrando o seu conhecimento sobre as mesmas.

No segundo, observou que houve retorno das mercadorias ao remetente, ou seja, as mercadorias não adentraram em seu estabelecimento comercial. Embora este argumento seja pertinente, é

necessária maior verificação, pois sendo retorno de mercadorias não recebidas elas não são escrituradas e a competência para provar o fato não é do fisco estadual e sim obrigação do contribuinte de provar suas operações comerciais. O pedido houve, a mercadoria circulou e se ela não adentrou no estabelecimento, cabe á empresa esta prova. No mais, o contribuinte não indicou quais as mercadorias, com suas respectivas notas fiscais, que retornaram aos fornecedores.

No terceiro, disse que embora nos documentos fiscais estejam consignados os seus dados cadastrais, as compras não foram por ele realizadas. Este é outro argumento que deveria ser acompanhado de prova. Resta provado que os documentos estão revestidos de todas as formalidades legais, o destinatário, nelas consignado, é o autuado, as mercadorias são condizentes com o seu ramo de atividade e, inclusive, em suas maioria são compras realizadas á prazo. Diante desses fatos, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF constituem prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte. A contraprova, a fim de desconstituir o crédito tributário, caberia ao autuado.

Por estes motivos indefiro o pedido de diligência requerido, pois a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a legitimidade da autuação fiscal, devendo apresentar a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da obrigação tributária. Além do mais, o art. 123, do RPAF/99 (Dec. nº 7.629/99) determina que a defesa do sujeito passivo deva ser acompanhada de todas as provas que possua.

Mantenho a autuação deste item em sua totalidade no valor de R\$31.273,56.

Voto pela procedência da autuação no valor de R\$37.052,63, indicando que o Órgão Competente desta Secretaria da Fazenda deve proceder a homologação dos valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269199.0020/05-6**, lavrado contra **MAKRO ATACADISTA S/A**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$37.052,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.779,07, e 70% sobre R\$31.273,56, previstas respectivamente, no art. 42, II “a”, VII “a” e III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais. O Órgão Competente desta Secretaria da Fazenda deve homologar os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE /RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR