

A. I. N° - 269200.0719/06-5
AUTUADO - PAULO RENATO CERQUEIRA DE ALMEIDA
AUTUANTES - JALDO VAZ COTRIM, ADAIR ZAMBONI RIBEIRO E JOÃO FLÁVIO M.DE FARIA
ORIGEM - IFEP NORTE
INTERNET - 13.09.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0251-02/06

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **a)** SIMBAHIA. MICROEMPRESA/EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **b)** REGIME NORMAL. A falta de registro ou 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. Imposto calculado pelo regime normal de apuração, com a concessão do crédito fiscal previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto n° 6.284/97, para o período em que o estabelecimento se encontrava no SIMBAHIA. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infração não elidida. Rejeitadas as preliminares de nulidade e indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2006, reclama o valor de R\$ 684.824,51, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 194.947,06, 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, nos exercícios de 2001, 2002, 2003 e 2004, referente ao período em que o estabelecimento esteve enquadrado no SIMBAHIA na condição de Empresa de Pequeno Porte, conforme demonstrativos e documentos às 16 a 33, 63 a 482.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 396.504,27, 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 junho de 2001, janeiro, abril, agosto e setembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 11 a 15, e 63 a 482.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 93.373,18, nos prazos regulamentares, referente as operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de maio a novembro de 2004, período em que o estabelecimento se encontrava enquadrado no regime normal de apuração do imposto, conforme demonstrativos e documentos às fls. 23, 34 a 4827.

O sujeito passivo através de advogado legalmente constituído, em sua defesa às fls. 486 a 490, preliminarmente argüí que o lançamento tributário está eivado de nulidade por suposta falta de provas no processo de que tivesse ocorrido o recebimento das mercadorias cujos documentos fiscais não foram registrados, tais como, canhoto das notas fiscais, duplicatas, pedidos, avisos de recebimentos ou qualquer outro documento epistolar que comprove as entradas das mercadorias no seu estabelecimento.

Além disso, diz que é visível a falsidade das notas fiscais utilizadas na apuração do débito, e por se tratar de acusação fiscal de falta de antecipação tributária e de omissão de saídas por presunção, requer que o processo seja baixado em diligência para comprovação das acusações fiscais.

No mérito, alega que quando adquire produtos junto aos fornecedores, sempre o faz através de pedidos e outros documentos, e que ao receber as mercadorias e as faturas sempre assina os respectivos protocolos.

Dizendo que as notas fiscais utilizadas na apuração do débito são falsas, alega que intentará ação competente, junto aos emitentes, para demonstrar a falsidade dos referidos documentos fiscais que foram emitidos em seu nome.

Alega, ainda, que apurou corretamente o imposto no período utilizando corretamente a base de cálculo com base no valor das compras que efetivou junto aos seus fornecedores, e que não comprou nenhuma mercadoria das faturas do presente processo.

Assevera que o imposto cobrado através do auto de infração só pode ser cobrado com a efetiva prova do recebimento das mercadorias.

Por fim, protestando pela juntada posterior de todas as provas em direito admitidas, requer a improcedência do Auto de Infração.

Os autuantes prestam informação fiscal às fls. 123 a 124, esclarecendo o motivo que ensejou cada infração, refutaram a preliminar argüida pelo sujeito passivo de falta de provas da aquisição das mercadorias, dizendo que se encontram nos autos cópias de todos os documentos fiscais que integram os demonstrativos de débito do imposto, constando neles a condição de destinatário das mercadorias.

Aduzem que a diligência solicitada não procede, por entenderem que o autuado faz uma negativa genérica do cometimento dos ilícitos fiscais apontados no auto de infração, não apresentando fatos novos amparados em documentação probatória, e que possam trazer dúvida a respeito dos fatos alegados e da autuação.

Quanto a alegação defensiva de que não recebeu/adquiriu qualquer mercadoria descrita no levantamento fiscal, e que não há prova dessas aquisições, os prepostos fiscais assinalam que o autuado não especificou qual nota fiscal corresponderia a uma operação fraudulenta por parte de terceiros que estaria utilizando sua razão social para aquisição de mercadorias, e que não foi apontada uma só prova cabal de que houve falsidade, ideológica ou material em qualquer das operações amparadas nos documentos fiscais, hipótese em que ressaltam deveria estar acompanhada de inquérito policial por se tratar de crime de ação penal pública. Por falta dessa prova, entendem que a defesa apresentada tem caráter meramente protelatório.

Concluem solicitando a procedência total do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, com fulcro no artigo 147, do RPAF/99, indefiro o pedido de diligência fiscal, por considerar suficientes para a minha convicção os elementos contidos nos autos.

As infrações imputadas ao contribuinte autuado dizem respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis representada por entradas não contabilizadas e falta de antecipação tributária de mercadorias enquadradas no Anexo 88 do RICMS/97.

Consta esclarecido na descrição dos fatos à fl. 02 que no período de 01/01/2001 a 31/03/2004 o estabelecimento se encontrava na condição de microempresa/empresa de pequeno porte inscrito no SIMBAHIA, e por ter infringido o artigo 408-C incisos II, “a” e IV, combinado com o artigo 408-L, inciso V, e 408-S, § 1º, do RICMS/97, em razão da constatação de entradas não declaradas, o imposto do referido período foi exigido pelo regime normal de apuração com a concessão do crédito presumido de 8%. Consta ainda que a partir do mês de março o estabelecimento se encontrava submetido ao regime normal de apuração do imposto, sendo também a mesma ocorrência, ou seja, falta de registro de entradas de mercadorias.

Foi argüido na defesa fiscal como preliminar que o lançamento tributário está eivado de nulidade por suposta falta de provas no processo de que tivesse ocorrido o recebimento das mercadorias cujos documentos fiscais não foram registrados.

Portanto, 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.

Analiso estas infrações conjuntamente, tendo em vista que todas elas se originam de notas fiscais coletadas nos postos fiscais, cuja preliminar de nulidade apresentada na defesa pelo autuado se confunde com o mérito da questão.

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, demonstrativos analíticos de cada infração e fotocópias das notas fiscais que os originaram, cujas infrações foram apuradas da seguinte forma.

A infração 01 se refere a omissão de saídas de mercadorias tributadas, caracterizada por entradas não registradas, pela não inclusão na Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME) de notas fiscais coletadas no CFAMT. O débito foi apurado mediante o levantamento das notas fiscais apresentadas pelo autuado mais as notas fiscais coletadas nos postos fiscais, as quais se encontram relacionadas às fls. 16 a 22, com a indicação do número das respectivas notas fiscais, data de emissão, nome do fornecedor, valor da operação, sendo ao final totalizado o montante das compras que comparado com o valor declarado na DME resultou na omissão de entradas, sendo calculado o imposto e deduzido o crédito fiscal de 8% previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS/97, resultando nos valores lançados.

Já a infração 03, embora tenha sido descrita como falta de recolhimento do imposto nos prazos regulamentares referente a operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo à fl. 03, também se refere a omissão de saídas por presunção legal em razão da falta de registro de notas fiscais de compras no período de maio a novembro de 2004, período em que o estabelecimento se encontrava enquadrado no regime normal de apuração.

Ressalto que nos citados demonstrativos constam a assinatura do autuado declarando que recebeu uma cópia deles e de todas as notas fiscais que os originaram.

Quando a fiscalização no curso da ação fiscal constata que o contribuinte não contabilizou nem declarou as notas fiscais de aquisição, neste caso, está configurada a presunção legal de omissão de saídas anteriores correspondente à entrada de mercadorias não contabilizada, cuja imputação, encontra amparo no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97, e tratando-se de EPP inscrita no SIMBAHIA em parte do período, de acordo com o artigo 408-S do RICMS/97. Tendo sido constatada uma

ocorrência desta natureza, a apuração do débito deve ser feita pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, cabendo ao autuado apresentar provas capazes para elidi-la, indicando a fonte de recursos utilizada para o pagamento das citadas aquisições.

Portanto, tendo sido constatado que o contribuinte não contabilizou nem declarou na DME as 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. Desta forma, não acolho o argumento defensivo de que as imputações estão desprovidas de elementos comprobatórios, haja vista que, no tocante às infrações 01 e 03, 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 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 declaradas ou escrituradas no Registro de Entradas. Nestes termos, 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.

Pelos argumentos defensivos, o autuado deixa a entender que os seus dados cadastrais foram utilizados por terceiros. Este tipo de argumento não tem prevalecido no CONSEF, por ocasião de julgamentos de processo da mesma natureza, com base no entendimento que em virtude da notas fiscais terem sido captadas pelos postos fiscais no trajeto das mercadorias para o estabelecimento, servem de prova da aquisição das mesmas. Se é verdade que houve uso indevido de seus dados cadastrais, fato não comprovado, deve o contribuinte adotar as devidas providências junto aos fornecedores com vistas a identificar quem pagou as faturas, recebeu e transportou as mercadorias até o seu destino.

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, consequentemente, que não recebeu as mercadorias, e não efetuou o pagamento das faturas delas decorrentes, provas essas, que poderia ter sido obtida juntas aos seus fornecedores.

Quanto a alegação de que somente tomou conhecimento da existência das notas fiscais objeto da lide quando da presente autuação, e que irá acionar judicialmente as empresas emitentes das notas fiscais, tal alegação não é suficiente para descharacterizar a presunção de que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através das entradas não registradas.

Com relação a infração 02, trata-se de exigência de imposto referente a falta de antecipação tributária nas aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, através das notas fiscais discriminadas às fls. 11 a 15, cujos referidos documentos fiscais são os mesmos utilizados na apuração do débito da infrações 01 e 03, os quais, o autuado recebeu cópias e pode exercer a ampla defesa e contraditório.

O argumento defensivo de que não adquiriu as mercadorias já foram analisadas nas infrações 01 e 03.

Assim, não tendo sido apresentado documentos capazes para elidir as infrações, 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, e no mérito, considero subsistentes as infrações 01 e 03, 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.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269200.0719/06-5, lavrado contra **PAULO**

RENATO CERQUEIRA DE ALMEIDA, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 684.824,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 396.504,27 e 70% sobre R\$ 288.320,24, previstas no artigo 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de julho de 2006.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR