

A. I. Nº - 292888.0020/06-5
AUTUADO - PONTO A PONTO DISTRIBUIDOR LTDA.
AUTUANTE - ZELINGTON PEREIRA COQUEIRO
ORIGEM - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08.11.2006

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0345-01/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **b)** FALTA DE PAGAMENTO SOBRE NOTAS FISCAIS NÃO LANÇADAS NO LIVRO REGISTRO DE ENTRADAS. Infração subsistente. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tratando-se de contribuinte que exerce atividades com mercadorias tributáveis, imposto antecipado e isentas, a presunção deverá ser aplicada proporcionalmente às operações tributadas. Infração nula. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS E/OU BENS. **a)** USO E CONSUMO DO ESTABELECIMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. **b)** ATIVO IMOBILIZADO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/08/2006, exige ICMS no valor de R\$387.394,33, pelas seguintes irregularidades imputadas ao autuado:

1) Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, no mês de novembro de 2005. Total da Infração: R\$14.791,68. Multa aplicada: 60%.

2) Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, e relacionadas no anexo 88, nos meses de janeiro a junho de 2004. Consta que se trata de ICMS devido por antecipação tributária sobre as entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas notas fiscais não foram registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias, sendo as cópias das notas fiscais conseguidas através de requisição feita junto ao fornecedor. Total da Infração: R\$142.212,95. Multa aplicada: 60%.

3) Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de fevereiro a agosto de 2004, janeiro, fevereiro e maio de 2005. Total da Infração: R\$224.834,90. Multa aplicada: 70%.

4) Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas a consumo do

estabelecimento, nos meses de fevereiro, abril, outubro e dezembro de 2004, janeiro, março a julho, setembro, novembro e dezembro de 2005. Consta que as notas fiscais que ensejaram as entradas de mercadorias destinadas a uso ou consumo não foram registradas na escrita fiscal do contribuinte, sendo capturadas no sistema CFAMT. Total da Infração: R\$3.954,80. Multa aplicada: 60%.

5) Deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, no mês de dezembro de 2004. Total da Infração: R\$1.600,00. Multa aplicada: 60%.

O autuado apresenta peça impugnatória ao lançamento de ofício (fls.1023/1026-A), na qual diz que esta tem por escopo elidir o lançamento referente à Infração 03. Afirma que o autuante procedeu ao lançamento reportado pela falta de escrituração de notas fiscais de compras emitidas pelo fornecedor São Paulo Alpargatas S/A, relacionadas com a aquisição de mercadorias (sandálias havaianas) enquadradas no regime de substituição tributária.

Sustenta que na Infração 02, já teria sido apenado quando foi reclamado o ICMS no valor de R\$142.212,95, constituindo-se a exigência em “bis in idem”.

Prosegue dizendo que a infração diz respeito à presunção júris tantum que admite prova em contrário, e que provará que possuía recursos necessários para fazer frente aos pagamentos não contabilizados o que descharacteriza a presunção. Acrescenta que o demonstrativo que anexa referente ao levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias, relativo ao período e 01/01/2004 a 31/12/2004, com a inclusão das notas fiscais de entradas que deixaram de ser lançadas na escrita fiscal, demonstra de forma contábil que os recursos utilizados são oriundos da falta de contabilização da venda de 61.495 pacotes de sandálias (embalagem com 01 a 06 pares), ao preço médio de R\$21,90, que propiciaram ao longo do período uma receita de R\$1.346.704,49. Enfatiza que tais receitas se referem à mercadorias sujeitas à antecipação tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada, ensejando tão somente a multa prevista na própria Infração 02.

Reporta-se a existência de reiteradas decisões do CONSEF referente à matéria dizendo que, uma vez comprovada a origem dos recursos utilizados nos pagamentos que deixaram de ser contabilizados, decidiu-se pela improcedência da autuação. Transcreve o Acórdão CJF N°.2170-12/01, para reforçar o seu entendimento, ressalvando que, apesar de o referido acórdão referir-se a saldo credor de caixa, alcança também a hipótese de pagamentos ou entradas não contabilizados. Pede, ainda, que no intuito de afastar qualquer dúvida, seja deferido o pedido de diligência a fim de que a Assessoria Técnica do CONSEF verifique a veracidade de suas alegações.

Finaliza pedindo que a Infração 03, seja julgada improcedente.

Na informação fiscal apresentada (fls.1729/1730), o autuante reportando-se às alegações defensivas afirma que não houve o “bis in idem”, pois, os fatos geradores das infrações são distintos. Diz que a primeira infração tem como fato gerador as entradas de mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária. Já na segunda infração o fato gerador é a omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis cujas receitas não contabilizadas serviram para o pagamento de entradas posteriores, não havendo, portanto, duplicidade de cobrança.

No respeitante às receitas não contabilizadas demonstradas pelo autuado afirma que este não comprova a origem dos recursos, não estando vinculadas ao pagamento de mercadorias relacionadas nos documentos acostados às fls. 64/243. Acrescenta que o contribuinte apenas demonstra a confissão de uma infração por ele cometida, não prestando para elidir a infração relacionada no Auto de Infração. Assevera ainda que a não contabilização de receitas inibe que se determine a destinação das mesmas não podendo o contribuinte direcioná-la de acordo com a sua conveniência.

Conclui mantendo integralmente o Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao contribuinte o cometimento de irregularidades decorrentes de: - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no artigo 353, inciso II, do RICMS/97; - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados; - falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas a consumo e ativo imobilizado do estabelecimento.

Inicialmente, quanto ao pedido de diligência formulado pelo autuado, a fim de que a Assessoria Técnica do CONSEF – ASTEC/CONSEF verifique a veracidade de suas alegações entendo como desnecessária a sua realização, pois, os elementos existentes nos autos são suficientes para formação do meu convencimento sobre a decisão da lide. Indefiro, portanto, o pedido.

Do exame das peças processuais constato que o autuado não ataca as Infrações 01, 02,04 e 05 permitindo-me inferir, que reconhece como verídicos os fatos apontados na acusação fiscal referentes a estes itens da autuação, a teor do artigo 140 do RPAF/99.

Apesar de o autuado reconhecer tacitamente as infrações acima mencionadas, vale registrar, que o autuante ao coletar parte das notas fiscais arroladas na acusação fiscal formalizou solicitação junto ao fornecedor do autuado observando, assim, as diversas decisões deste CONSEF sobre a indispensabilidade de tal formalização para validade da autuação. Quanto às notas fiscais coletadas no sistema CFAMT, restou comprovado ter o autuado conhecimento destas, tendo em vista que reconheceu o cometimento das infrações relacionadas a tais notas fiscais.

Insurge-se, efetivamente, contra a imputação relativa à Infração 03 – que cuida de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, alegando que este item da autuação se encontra compreendido na Infração 02 – que cuida da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, e relacionadas no artigo 353, inciso II, do RICMS/97, referente às entradas de mercadorias no estabelecimento, cujas notas fiscais não foram registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Vejo que o autuante reportando-se às alegações defensivas afirma que os fatos geradores das infrações são distintos, considerando que a Infração 02 tem como fato gerador as entradas de mercadorias sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação tributária, enquanto a Infração 03 tem como fato gerador, a omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, cujas receitas não contabilizadas serviram para o pagamento de entradas posteriores, inexistindo, portanto, duplicidade de cobrança.

Entendo assistir razão ao autuante, pois, efetivamente são dois fatos geradores distintos. Há que se observar que na Infração 03 a presunção está sendo aplicada em relação às operações anteriores, enquanto na Infração 02, a exigência diz respeito à antecipação do imposto pelas operações subsequentes. Contudo, a concomitância da exigência não é aplicável quando o contribuinte comercializa, exclusivamente, mercadorias cujas saídas são isentas, não tributadas ou com o ICMS antecipado.

Registro, ainda, que este CONSEF tem pacificado o entendimento - através de diversas decisões - de que se o contribuinte não tem a exclusividade acima reportada, ou seja, se além de comercializar mercadorias isentas, não tributadas ou com o ICMS antecipado, também comercializa mercadorias cujas operações de saídas são tributadas normalmente há que se

observar a proporcionalidade, para se exigir o imposto, apenas, sobre o percentual relativo às mercadorias cujas saídas são tributadas normalmente.

A exigência fiscal referente à Infração 03 tem como base a presunção legal de que, 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, ou seja, o sujeito passivo obteve recursos de vendas de mercadorias realizadas anteriormente, sem a emissão de documentação fiscal e, com tais recursos efetuou os pagamentos não contabilizados estando prevista no § 4º do art. 4º da Lei nº. 7.014/96, que estabelece “in verbis”:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Trata-se de uma presunção relativa, assim identificada por admitir prova em contrário por parte do acusado, valendo registrar, que na exigência de imposto com base nesta presunção, não se examina a destinação dos pagamentos não contabilizados, mas, sim, a origem dos recursos que serviram para acobertar os pagamentos efetuados e não contabilizados.

Constatou que as mercadorias arroladas neste item da autuação, no período de fevereiro a agosto de 2004, dizem respeito à compras de calçados - mercadoria que está sob o regime de substituição tributária - inexistindo nos autos, elementos que permitam identificar a efetiva comercialização exercida pelo autuado, isto é, se exclusivamente comercializa mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, ou, se também comercializa mercadorias cujas operações de saídas são tributadas normalmente. Tal identificação é indispensável para determinar a certeza do lançamento. Conforme dito acima, se o contribuinte comercializa exclusivamente mercadorias cujas saídas sejam isentas, não tributadas ou com o ICMS antecipado, não é aplicável o roteiro de fiscalização adotado na presente autuação.

Por outro lado, se o contribuinte não exerce a mercancia com a exclusividade acima reportada, ou seja, se além de comercializar mercadorias isentas, não tributadas ou com o ICMS antecipado, também comercializa mercadorias cujas operações de saídas são tributadas normalmente, a exigência fiscal para ser válida terá que observar a proporcionalidade entre as saídas dessas mercadorias, para exigir o imposto apenas sobre as saídas tributadas normalmente.

Diante do exposto, como não consta nos autos a necessária identificação da comercialização exercida pelo autuado, este item da autuação é nulo, cabendo a renovação do procedimento fiscal conforme dispõe o artigo 21 do RPAF/99, caso o contribuinte realize operações de saídas tributáveis, sendo primacial estabelecer-se a proporcionalidade na forma acima referida.

No que concerne aos meses de janeiro, fevereiro e maio de 2005, o autuante identificou equivocadamente a existência de omissão de receitas pela falta de contabilização, haja vista que os documentos fiscais referentes à tais meses dizem respeito à aquisição de mercadorias destinadas ao uso/consumo e ativo imobilizado do estabelecimento, cuja exigência da diferença de alíquotas ocorreu nas Infrações 04 e 05 reconhecidas pelo autuado.

Assim, as Infrações 01, 02, 04 e 05, são integralmente subsistentes e a Infração 03, nula.

Voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 292888.0020/06-5, lavrado contra **PONTO A PONTO DISTRIBUIDOR LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$162.559,43**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II “d” e “f”, da Lei nº. 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR