

PROCESSO - A. I. Nº 295902.0304/06-2
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SANTOS & LUCIO LTDA. (SUPERMERCADO SUELLEN)
RECORRIDOS - SANTOS & LUCIO LTDA. (SUPERMERCADO SUELLEN) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0215-04/06
ORIGEM - INFAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 12/04/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0094-12/07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** RECOLHIMENTO A MENOS. **b)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto no prazo regulamentar. Infrações subsistentes. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Presunção não elidida. 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. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Comprovada pelo contribuinte saldo inicial na conta Caixa, o que elide a infração. Preliminar de decadência rejeitada. Mantida a Decisão recorrida. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal previstos 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. Por seu turno o contribuinte inconformado com a parte da Decisão que lhe foi desfavorável, ingressa com o Recurso Voluntário que lhe é próprio.

Para que tomemos conhecimento inicialmente do até aqui ocorrido passamos a relatá-lo:

O lançamento de ofício exigiu ICMS em razão das seguintes irregularidades:

1. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 614,97 e multa de 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 nos anexos 69 e 88. ICMS de R\$ 165,03 e multa de 60%.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamento (s) não registrado (s). ICMS de R\$ 9.647,31 e multa de 70%.
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. ICMS R\$39.354,23. Multa de 70%.

Em seu voto o Sr. relator entendeu que a alegação da empresa de que os fornecedores teriam efetuado a substituição tributária não procede com relação aos valores que estão sendo exigidos, vez que a responsabilidade pela antecipação é do adquirente das mercadorias. Manteve a Infração 1.

Quanto à infração 2, de semelhante acusação, relativa a notas fiscais que não foram registradas pelo sujeito passivo, mas capturadas pelo CFAMT. O demonstrativo de fl. 23 relaciona as notas fiscais, que encontram-se às fls. 24 a 30, cujas cópias foram fornecidas ao autuado, não tendo o destaque do ICMS substituição, como alega o defendente. Infração de igual modo, mantida.

No que se refere à infração 03, - exigência do ICMS em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados o Sr. relator na JfF concluiu que *“os dados que embasam esta infração constam do demonstrativo “Pagamentos não registrados no Livro Caixa”, de fls. 32 e 33, e referem-se aos exercícios de 2001 e de 2002”*. Entendeu que *“não cabe a arguição de que os produtos constantes das notas fiscais já foram objeto de recolhimento de ICMS, por substituição tributária, pois o que está sendo ora exigido decorre de presunção legal, estabelecida na Lei nº 7.014/96, art. 4º § 4º, que transcreve. Concluiu que o autuado “não comprovou a inoccorrência da infração, alegando apenas que havia ocorrido a prescrição (sic), do exercício de 2001, face ao disposto no art. 174 do CTN, haja vista que a citação foi consumada em 10 de abril de 2006”*. Observa que se tivesse ocorrido algum fato jurídico relacionada ao direito intertemporal este seria a decadência do crédito tributário. Aduz que , no caso do ICMS, opera-se conforme disciplinado no art. 173, I, do CTN, contando-se o prazo a partir do 1º dia do exercício seguinte à ocorrência do fato gerador. Assim, como o lançamento reporta-se ao ano de 2001, o fisco teria até o dia 31/12/2006 para efetuar-lo. No caso presente o Auto de Infração foi lavrado em 30/0/2006, portanto, ainda não operada a decadência. Mantém a infração.

Quanto a infração 04 afirma que *“a omissão de saídas de mercadorias tributáveis foi apurada através de saldo credor de caixa e os dados da infração encontram-se no demonstrativo denominado Auditoria de caixa, sendo específico para cada exercício de 2001 e de 2002.”* Observa que *“o autuante desconsiderou os saldos iniciais do Caixa, por não terem sido devidamente comprovados, à época, embora o contribuinte tenha sido intimado para apresentar os documentos comprobatórios.”* Verificou que na Auditoria de Caixa do exercício de 2001(fl. 95), foram consideradas as operações de vendas de mercadorias e os pagamentos, baseados no livro Caixa e em documentos apresentados à fiscalização. O mesmo procedimento foi adotado para o exercício de 2002.(fl. 97 e 98). O autuante juntou cópias do livro Caixa. (fls. 99 a 423). Salienta que o então defendente arguiu que o saldo inicial de caixa foi menosprezado, e anexou Declaração do Imposto de Renda para comprová-lo. Em vista deste procedimento o Sr relator considerou o saldo inicial de 2001, no valor de R\$ 239.095,24, conforme declarado na DIPJ de 2002, fl. 483, e concluiu que não há estouro na conta Caixa, o que elide os saldos credores apontados nas fls. 95 a 96. Ressalto que este mesmo valor consta escriturado no livro Caixa, fl. 100, acostado pelo próprio autuante. Concluiu que *“considerando o saldo final do exercício de 2001, no valor de R\$ 118.082,99, que é o saldo inicial do exercício de 2002, este valor modifica o lançamento*

fiscal, não ocorrendo os estouros de caixa apontados às fls. 97 e 98, referentes ao exercício de 2002, não havendo imposto a cobrar nesta infração e concluindo pela sua não improcedência”.

Concluiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Tendo em vista a improcedência da infração descrita no item 4 - *“a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa”* – a JJF recorre de ofício. O fundamento jurídico da Decisão corresponde ao argumento de que o contribuinte argüiu que o saldo inicial de Caixa foi menosprezado, tendo anexado a DIPJ para comprová-lo. Deste modo o Sr. relator considerou o saldo inicial de 2001, no valor de R\$ 239.095,24, conforme declarado na DIPJ de 2002, (fl. 483), e concluiu que não há estouro na conta Caixa, o que elide os saldos credores apontados nas fls. 95 a 96. Ressaltou que este mesmo valor consta escriturado no livro Caixa, fl. 100, acostado pelo próprio autuante e concluiu que *“considerando o saldo final do exercício de 2001, no valor de R\$ 118.082,99, que é o saldo inicial do exercício de 2002, este valor modifica o lançamento fiscal, não ocorrendo os estouros de caixa apontados às fls. 97 e 98, referentes ao exercício de 2002, não havendo imposto a cobrar nesta infração e concluindo pela sua não improcedência”*.

O contribuinte ingressa com um requerimento que foi recebido como Recurso Voluntário onde tenta refutar a Decisão. Quanto à Infração 01 diz que *“a responsabilidade pela substituição tributária é da requerente caso o fornecedor não realize o recolhimento do ICMS, e no referido Auto de Infração não consta nenhuma informação de fato desta natureza, ou seja, o ICMS destacado na nota fiscal de compra não foi recolhido, aí sim entra a requerente solidária na obrigação”*. Quanto à infração 02, afirma *“não foi observado o comprovante de recolhimento do ICMS grampeado no verso da nota fiscal, cujos cálculos estão representados no corpo da nota”*. No que concerne à infração 3 defende-se relacionando uma série de notas fiscais onde consta a data do pagamento. Comenta a respeito da Nota Fiscal nº 502 de 03/05/2002 afirmando que mesma foi devolvida e o título cancelado, mesmo assim o banco realizou o protesto do título tendo em seguida efetuada a suspensão do processo. Pede a Improcedência do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS emite através do seu representante um Parecer opinativo onde, após breve relatório, conclui: quanto às infrações 1 e 2 entende que *“ não há como emprestar guarida a tese recursal, pois, no caso em apreço, não estamos tratando de responsabilidade tributária por sucessão, gênero da responsabilidade subsidiária, mas, isto sim, de sujeição passiva por substituição tributária, onde o legislador, dentro da sua competência legiferante, elege como responsável tributário, terceira pessoa vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ordinário”*. Traz à baila e transcreve o art. 371 do RICMS concluindo que deste modo não como se acolher a tese do recorrente. Quanto à infração 3 o Sr. procurador opina pela Improcedência da pretensão recursal, pois *“conforme dito com clareza na Decisão a quo, no caso em epígrafe o que se está sendo exigido é o tributo devido, por presunção legal, em razão da existência de pagamentos não registrados contabilmente. Neste passo o recorrente não se desincumbiu em fazer prova contrário à presunção legal prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/97, opino pela manutenção do decisum a quo”*. Conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício entendemos que a Decisão da JJF está correta. Efetivamente se o contribuinte demonstrou que o saldo final do exercício de 2001, no valor de R\$ 118.082,99, que é o saldo inicial do exercício de 2002, este valor modifica o lançamento fiscal, não ocorrendo os estouros de caixa apontados (fls. 97/98), referentes ao exercício de 2002, e, em consequência, não há imposto a cobrar na infração descrita no item 04 sendo, portanto, improcedente a exigência.

No que diz respeito às infrações 1 e 2 a argumentação do contribuinte é no mínimo confusa. Pois ao tempo em que corretamente afirma que é sua a responsabilidade pela substituição tributária caso o fornecedor não realize o recolhimento do ICMS, afirma não haver no Auto de Infração

nenhuma informação de fato desta natureza Ora, um fato nada tem haver com outro. Trata-se na hipótese de sujeição passiva por substituição tributária, onde a lei elegeu como responsável tributário, uma outra pessoa vinculada ao fato gerador e excluiu a responsabilidade do contribuinte que denominamos normal. O recorrente não comprovou o recolhimento de do ICMS substituído e como tal é procedente a ação fiscal e correta a Decisão *a quo*.

Quanto à infração descrita no item 03 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamento(s) não registrado - concordo com a Decisão da JJF e acompanho, em consequência, o opinativo da PGE no sentido do descabimento da arguição de que os produtos constantes das notas fiscais já foram objeto de recolhimento de ICMS, por substituição tributária, pois o que está sendo ora exigido decorre de presunção legal, estabelecida na Lei nº 7.014/96, art. 4º § 4º . E mais, como bem colocou o Sr. procurador, *“neste passo o recorrente não se desincumbiu em fazer prova contrário à presunção legal”*.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os Recursos de Ofício e Voluntário devendo ser mantida a Decisão da JJF.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295902.0304/06-2, lavrado contra **SANTOS & LUCIO LTDA. (SUPERMERCADO SUELLEN)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$10.427,31**, acrescido da multa de 60% sobre R\$780,00 e 70% sobre R\$9.647,31, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de março de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA-RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. DA PGE/PROFIS