

PROCESSO - A. I. Nº 110123.0052/05-3
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ARATÚ MINERAÇÃO CONSTRUÇÃO LTDA. (PEDREIRAS ARATU)
RECORRIDOS - ARATÚ MINERAÇÃO CONSTRUÇÃO LTDA. (PEDREIRAS ARATU) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0059-05/06
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 17/04/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0105-12/07

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DO VALOR. Infração subsistente em parte, com exclusão de débito já reclamado através de procedimento fiscal anterior. Mantida a Decisão. 2. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. Descabe a cobrança do imposto a título de estorno de crédito sobre as entradas de mercadorias, cujas saídas foram tributadas com redução da base de cálculo ao entendimento de que, *in casu*, a exigência fiscal não está prevista em lei. Item nulo. Mantida a Decisão. 3. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS ORIUNDAS DE OUTRAS UNIDADES DA FEDERAÇÃO DESTINADAS AO ATIVO FIXO DO PRÓPRIO ESTABELECIMENTO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento do imposto, a título de diferença de alíquota, nas aquisições interestaduais de bens destinados a integrar o ativo fixo do próprio estabelecimento. Exigência subsistente em parte, com a redução de valores sujeitos ao benefício fiscal de redução de carga tributária. Mantida a Decisão. 4. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. As notas do CFAMT servem como meio de prova hábil quanto ao cometimento da infração. Diligência realizada em fase recursal efetuou correção no cálculo do imposto, reduzindo o valor devido. Infração subsistente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal (5ª JJF) que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração em epígrafe exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$ 368.724,27, sendo objetos dos presentes Recursos as seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 41.782,12, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, referente aos

meses de janeiro, março, abril, junho, julho e agosto de 2003 e de janeiro a dezembro de 2002, bem como de dezembro de 2000 e dezembro de 2001.

2. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS, no valor de R\$ 100.032,16, relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente a parte proporcional da redução, referente aos meses de dezembro de 2001, junho de 2002, abril de 2003, junho a dezembro de 2003, janeiro de 2004 a dezembro de 2004.
6. Deixou de recolher ICMS, no valor de R\$ 52.375,48, decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias adquiridas de outras unidades da federação e destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, referente aos meses de março, junho, outubro e novembro de 2000 e agosto de 2003.
8. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a abril de 2000; de junho a dezembro de 2000; fevereiro a maio de 2001; outubro de 2001 a janeiro de 2002; maio e junho de 2002, setembro a dezembro de 2002; fevereiro, março, agosto e setembro de 2003. Foi cobrado imposto no valor de R\$ 111.867,85.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0059-05/06, a infração 1 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 39.728,12, tendo o ilustre relator fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

Quanto à infração 1, constato que o Auto de Infração de nº 203.936.0004/03-0, ao contrário do dito pela defesa, só possui em comum com o atual o período de maio de 2002. Aquele, por sinal, em valor superior ao cobrado neste lançamento de ofício, motivo pelo qual excluo a exigência referente ao citado mês, deste PAF, uma vez que a permanência desta configura a cobrança em duplicidade, situação que conflita com o sistema jurídico vigente. Quanto ao cômputo de eventuais saldos credores existentes no livro de Registro de Apuração de ICMS, alegados como não considerados pelos autuantes na apuração dos débitos desta infração, esclareço que em se provando a idoneidade dos mesmos, e após homologação por parte da Inspetoria fiscal de sua circunscrição, eles poderão ser utilizados para o pagamento deste Auto de Infração, conforme art. 109, §2º, II, do RICMS. Dessa forma, fica afastada a alegação de prejuízo ao autuado com a não consideração dos saldos credores no livro de apuração. Isso mesmo sem levar em apreciação ao afirmado pelos autuantes que os referidos saldos ali postos eram meramente escriturais e irreais. Constato que a infração está provada e por essa razão, mantenho parcialmente a infração, conforme demonstrativo abaixo:

A infração 2 foi declarada nula, por entender a Primeira Instância que o RICMS ao prever hipótese de estorno do crédito fiscal exercita a sua competência além do permitido pela Lei Complementar nº 87/96.

Quanto à infração 6, entendeu a Primeira Instância que a acusação está parcialmente caracterizada, no valor de R\$ 24.047,78, tendo o relator utilizado a seguinte fundamentação:

A questão quanto ao item 6 vincula-se a discussão sobre se estão abrangidos ou não pela redução de base de cálculo os produtos autuados, conforme art. 77, I, do RICMS e anexos 5 e 6. Os diligentes fiscais não acolheram a alegação quanto aos produtos detector de metais e móveis de escritório, nem a carregadeira Roda Cat 924 G, que não constam do anexo 5 e 6 do RICMS. Em verdade o carregador que contém o anexo 6 é o de nº 8427.90.9900, cuja utilização é para trator agrícola. O produto autuado tem código diferente 84.29.51.90. Quanto aos demais, após verificação dos autuantes, estes acataram os argumentos defensivos, motivo pelo qual me pronuncio pela exclusão dos mesmos. Agiram acertadamente os autuantes, em não aceitando a exclusão do produto detector de metais e móveis de escritório, porquanto não previstos nos aludidos anexos. Mantenho parcialmente a infração, nos valores abaixo:
[...]

A infração 8 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 95.586,79, tendo o ilustre relator proferido, em síntese, o seguinte voto:

Quanto a infração 8, os autuantes admitiram que incorreram em equívoco ao elaborarem o demonstrativo fiscal pertinente, por não terem levado em conta o benefício de redução de base de cálculo nas saídas. Concordo com tal entendimento, adotando os valores por eles admitidos como os exigidos para essa infração. Rebateram a defesa que apontou erros do levantamento no aspecto temporal, alegando ter adquirido muitas das mercadorias ali constantes a prazo. Afirmaram os autuantes que só após o exame dos livros fiscais e contábeis teria condições de comprovar o alegado, e que a empresa embora instada a apresentá-los, não disponibilizou o Livro Diário e o Razão à fiscalização, motivo pelo qual não se pronunciaram sobre o tema. Acompanho a opinião dos autuantes, a simples apresentação de notas fiscais, desacompanhadas dos livros pertinentes, não constitui meio hábil de prova, citando novamente o art. 123 do RPAF para fundamentar minha Decisão. Em relação às receitas alegadas como suficientes para fazer frente aos dispêndios incorridos com as notas fiscais autuadas, saliento que aqui está se tratando de presunção, que é uma das raras hipóteses em que há inversão do ônus da prova, cabendo ao autuado apresentar provas que a afastem. Dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, o qual transcrevo abaixo para uma melhor compreensão:

[...]

Mais uma vez, a pretensão não foi inteiramente afastada. Não se comprovou que os pagamentos referentes a estas notas fiscais foram feitos. O autuado não conseguiu elidir a pretensão fiscal quanto as saídas anteriores não tributadas. Mantenho assim a infração nos valores abaixo postos:

[...]

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a 5ª JF recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão recorrida, o contribuinte apresenta Recurso Voluntário, alegando que a Decisão recorrida merece ser reformada, conforme passo a relatar.

Quanto à infração 1, o recorrente afirma que os autuantes não consideraram a existência do Auto de Infração nº 06936.0004/03-0, lavrado em 03/06/03, que já havia cobrado ICMS referente à mesma infração, relativamente ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002, conforme comprovam os documentos já acostados ao processo (fls. 1001 a 1007). Diz que as apurações do imposto nos dois lançamentos foram realizadas de forma distinta, sendo que apenas a primeira está correta. Afirma que no presente lançamento os autuantes não consideraram o disposto no art. 116 do RICMS-BA, cujo teor transcreveu. Salienta que além de ter o imposto sido apurado de forma errada, houve *bis in idem* no período de janeiro de 2001 a dezembro de 2002.

Referindo-se ao Acórdão JF Nº 0059-05/06, o recorrente salienta que possuía saldo credor de ICMS no mês de dezembro de 2001, no valor de R\$ 71.728,42. Diz que esse valor foi ignorado pelos autuantes, bem como foi classificado como irreais pelo relator da Decisão recorrida, sem, contudo, circunstanciar tal fato. Explica que esse valor decorre de créditos extemporâneos lançados no mês de dezembro de 2001, nos montantes de R\$ 86.138,48 e R\$ 3.010,61, *que subtraídos dos débitos de ICMS do mês resultaram no saldo credor já referido de R\$ 71.728,42* Frisa que a Inspetoria foi comunicada do lançamento do referido crédito, bem como os autuantes foram informados acerca da existência dos processos pertinentes (fls. 965 a 1000). Afirma que o débito cobrado na infração em tela encontra-se afastado da realidade, devendo ser retificado para R\$ 4.071,00, importância que diz já ter sido parcelada.

Quanto à infração 8, o recorrente alega que a descrição dos fatos no Auto de Infração é deficiente. Sustenta que a presunção utilizada é inaplicável e que a exigência fiscal não procede, pois, no período em questão, tinha suporte financeiro para fazer frente ao pagamento das referidas aquisições. Salienta que tem outras receitas, das quais foram retirados os Recursos financeiros necessários para o pagamento das referidas aquisições. Explica que essas outras receitas (serviços de concretagem, aluguel de imóveis, receitas financeiras, etc.) não sofrem incidência do ICMS e, por esse motivo, não foram lançadas nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS. Assegura que essas receitas geraram Recursos financeiros nos

valores de R\$ 883.204,53 (em 2000), R\$ 356.225,94 (em 2001) e R\$ 71.314,86 (em 2002), perfazendo no período o total de R\$ 1.310.745,33, montante superior às entradas de mercadorias na empresa.

Argumenta o recorrente que também não foi considerado que, do total das compras (R\$ 658.046,16), R\$ 263.736,00 eram referentes a aquisições efetuadas em 24 prestações mensais, R\$ 173.961,26 em 6 prestações, e os demais R\$ 220.348,90 em 30, 60 e 90 dias. Alega que jamais teve a intenção de deixar de registrar notas fiscais de entradas, uma vez que não auferia qualquer vantagem com essa prática. Diz que as mercadorias cujas entradas não foram registradas não se destinavam à comercialização. Frisa que as notas fiscais foram espontaneamente entregues aos fiscais, com o objetivo de evitar a decadência do direito ao crédito fiscal correspondente. Salienta que com frequência utiliza crédito fiscal extemporâneo, conforme exemplos que cita.

Ao exarar o Parecer de fls. 1272 e 1273, o ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que as duas questões tratadas no Recurso Voluntário são relacionadas a matéria de fato e, portanto, sugere a realização de diligência com o objetivo de *verificar materialmente a alegações do Contribuinte em relação a “Infração 1” e de fornecer um panorama quanto a existência das condições apontadas no Recurso para a ilisão da presunção referente a “Infração 2 [8]”*.

O processo foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª CJF decidido que, quanto à infração 1, os elementos existentes nos autos – fotocópia do Auto de Infração nº 206936.0004/03-0 (fls. 1001 a 1007) e do livro Registro de Apuração de ICMS (fls. 21 a 179) – são suficientes para o deslinde da questão. Já quanto à infração 8, em que pese uma parte das provas já se encontrar nos autos (fls. 1011 a 1048), entendeu a 2ª CJF que a sugestão de diligência deve ser acolhida, uma vez que se trata de um opinativo da ASTEC sobre a alegação recursal.

Tendo em vista a Decisão da 2ª CJF, o processo foi encaminhado em diligência à ASTEC, para que fossem atendidas as seguintes solicitações referentes à infração 8: a) que fosse verificada a existência de aquisições pagas em datas posteriores à entrada das mercadorias e, caso, positivo fosse refeita a apuração do valor devido com base nas datas dos efetivos desembolsos; b) que fosse emitido um Parecer acerca da alegação recursal pertinente à existência de disponibilidades suficientes para fazer frente às aquisições arroladas na infração em tela.

Conforme o Parecer ASTEC Nº 0192/2006 (fls. 1278 a 1280), a diligência foi atendida, tendo a auditora fiscal da ASTEC informado que efetivamente havia aquisições pagas após a entrada das mercadorias e, em consequência, a apuração do imposto devido na infração 8 foi retificada, tendo sido apurado um valor de R\$ 70.885,34, conforme demonstrativo à fl. 1294.

Quanto ao segundo item da diligência, a auditora da ASTEC afirma que os demonstrativos anexados pelo recorrente relacionam as receitas oriundas de prestações de serviço de concretagem e outras receitas, porém esses mesmos demonstrativos listam apenas os pagamentos das notas fiscais financiadas, as da Metso Minerals Brasil e Caterpillar Brasil. Diz que, no seu entendimento, para confirmar as alegações do recorrente seria necessário efetuar todo o Fluxo de Caixa da empresa, acrescentando todos os pagamentos não contabilizados, o que não foi objeto da auditoria fiscal.

Notificados acerca do resultado da diligência, o recorrente e os autuantes não se pronunciaram.

Ao exarar o Parecer de fls. 1303 e 1304, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma, quanto à infração 1, que restou comprovado que o Auto de Infração anterior somente tinha o mês de maio de 2002 em comum como a presente autuação, já tendo sido esse valor excluído pela 5ª JF. Quanto aos créditos extemporâneos, afirma que os mesmos poderão ser utilizados nos termos da legislação, caso a Inspeção Fazendária competente assim autorize. No que tange à infração 8, acolhe o resultado da diligência, para que seja o valor devido retificado para R\$ 70.885,35. Ao finalizar, a ilustre procuradora opina pelo provimento parcial do Recurso Voluntário.

VOTO

A infração 1 trata de recolhimento a menos ICMS, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. No Recurso Voluntário, o recorrente alega que não foi considerado o Auto de Infração nº 206936.0004/03-0

lavrado anteriormente com a mesma acusação, bem como questiona a forma de cálculo do imposto devido nos dois lançamentos de ofício.

Ao se confrontar o demonstrativo de fl. 19 (Auto de Infração nº 110123.0052/05-3) com os documentos de fls. 1001/1007 (Auto de Infração nº 206936.0004/03-0), constata-se que efetivamente o recorrente foi autuado sob a mesma acusação duas vezes. Contudo, antes de se deduzir do presente lançamento o valor cobrado anteriormente, há que se observar se as datas de ocorrência dos fatos geradores coincidem, pois, para que fique caracterizada a duplicidade de cobrança, é fundamental que além da idêntica acusação haja também coincidência nas datas.

No caso em tela, o cotejo das datas de ocorrência mostra que apenas no mês de maio de 2002 o imposto referente aos mesmos fatos geradores foi exigido em duplicidade. Portanto, só o débito atinente a esse mês deve ser excluído do presente Auto de Infração, como acertadamente já fez a primeira instância. Assim, não há qualquer outro valor a ser excluído da infração 1.

O recorrente alega que o relator da Decisão recorrida, sem a devida fundamentação, classificou os créditos fiscais citados na defesa como sendo meramente escriturais e irreais. Todavia, uma leitura do voto proferido (fls. 1239) mostra que o relator não afirmou isso. Muito pelo contrário, o relator afirmou que: [...] *Isso mesmo sem levar em apreciação ao afirmado pelos autuantes que os referidos saldos ali postos eram meramente escriturais e irreais.*

Quanto à alegada divergência na forma de apuração do imposto, observo que no presente Auto de Infração o imposto devido foi calculado corretamente, consoante os registros efetuados pelo recorrente em seus livros fiscais acostados ao processo (fls. 21 a 179). No que tange aos créditos fiscais citados na Defesa e no Recurso Voluntário, constato que os mesmos já estão lançados no livro Registro de Apuração de ICMS, conforme se pode verificar às fls. 93, 113, 144. Ademais, convém salientar que, no roteiro de auditoria fiscal empregado pelos autuantes para apurar a infração em tela (infração 1), não houve a reconstituição da conta-corrente fiscal, apenas se apurou os erros na aplicação da redução da base de cálculo a que fazia jus o recorrente. Não vislumbro qualquer reparo a fazer na Decisão recorrida. Já no que se refere ao Auto de Infração anterior, não me cabe pronunciar sobre o acerto da ação fiscal ou de Decisão administrativa que porventura tenha sido proferida.

No que tange à infração 8, o recorrente inicialmente alega que a descrição dos fatos é deficiente. Contudo, essa alegação não pode prosperar, pois a acusação é clara: *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.* Também observo que o enquadramento legal está correto e que o Auto de Infração está acompanhado de demonstrativo que facilita o entendimento da acusação. Além disso, o recorrente se defendeu abordando os diversos pontos da infração que lhe foi imputada, o que evidencia que a acusação foi entendida e o direito de defesa foi exercido sem qualquer cerceamento.

Na infração em tela, os autuantes acostaram aos autos diversas notas fiscais destinadas ao recorrente, as quais não foram escrituradas nos livros fiscais próprios, caracterizando a entrada de mercadoria no estabelecimento sem registro. Nessa situação, o disposto no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, autoriza o fisco a presumir a ocorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvando ao contribuinte provar a improcedência dessa presunção.

Visando a elidir a presunção, o recorrente alega que possuía Recursos financeiros provenientes de serviços de concretagem, de aluguel de imóveis, de receitas financeiras, etc. suficientes para fazer frente ao pagamento das aquisições arroladas na infração em tela. Também alega que as aquisições efetuadas não eram destinadas à comercialização.

O fato de as mercadorias adquiridas não serem destinadas à comercialização não elide a presunção legal que embasou a autuação, pois o imposto que se está exigindo é referente a operações anteriormente realizadas e não contabilizadas, cujas receitas delas decorrentes foram empregadas nas aquisições elencadas nesta infração.

Quanto ao fato de o recorrente possuir outras receitas financeiras suficientes para fazer frente às aquisições, também não há como acolher a alegação recursal, pois a lei autoriza o fisco a

presumir que essas entradas foram adquiridas com receitas decorrentes de operações tributáveis anteriormente efetuadas e que não foram submetidas à tributação pelo ICMS. Entendo que o recorrente não elidiu a presunção legal, mesmo comprovando que no período possuía Recursos financeiros suficientes.

No Recurso Voluntário, o recorrente também alega que aquisições efetuadas a prazo foram indevidamente consideradas como sendo à vista. O exame das provas anexadas aos autos evidencia que, nesse ponto, assiste razão ao recorrente. Dessa forma, visando buscar a verdade material dos autos, o processo foi convertido em diligência à ASTEC, tendo auditora fiscal estranha ao feito retificada a exigência fiscal, alocando os desembolsos nas suas efetivas datas. Em consequência, o débito que remanesca (R\$ 95.586,79) passou para R\$ 70.885,32, conforme demonstrativo de débito à fl. 1294.

Pelo acima exposto, voto pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida para julgar a infração 8 procedente em parte no valor de R\$ 70.885,32, conforme demonstrativo de Débito à fl. 1294, mantendo inalterados os demais valores cobrados.

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo que a Decisão recorrida referente à infração 1 está correta, pois efetivamente o valor exigido no mês de maio de 2002, no valor de R\$ 2.054,00, já foi objeto do Auto de Infração nº 206936.0004/03-0. A manutenção desse valor implicaria em dúplice cobrança do imposto, situação vedada pela legislação.

Relativamente à infração 2, foi acertada a Decisão recorrida, pois o Regulamento do ICMS prevê estorno proporcional sem a correspondente previsão legal.

No que tange às infrações 6 e 8, também foram acertadas as decisões, as quais foram reconhecidas pelos próprios autuantes na informação fiscal e encontram-se respaldadas na legislação tributária vigente à época.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, para manter inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 110123.0052/05-3, lavrado contra **ARATU MINERAÇÃO CONSTRUÇÃO LTDA. (PEDREIRAS ARATU)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$190.933,92**, sendo R\$73.436,91, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$54.396,07 e 70% sobre R\$19.040,84, previstas nos incisos II, “a” e “f”; VII, “a” e III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$117.497,01, acrescido das multas de 60% sobre R\$65.652,53 e 70% sobre R\$51.844,48, previstas no art. 42, II, “a” e “f”, VII, “a” e III, do mesmo dispositivo legal, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$6.393,96**, prevista no art. 42, IX, da mesma lei, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de março de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. PGE/PROFIS