

PROCESSO - A. I. Nº 299762.0177/06-4
RECORRENTE - COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA.(SUPERMERCADOS J. SANTOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0407-01/06
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 15/06/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0195-11/07

EMENTA: ICMS. 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, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar que os bens não ingressaram em seu estabelecimento. Indeferido o pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF Acórdão nº 0407-01/06 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em exame foi lavrado em 29/09/2006, para exigência de ICMS no valor de R\$3.575,52, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entrada de mercadorias não registradas, nos meses de fevereiro, março e junho de 2003, outubro e dezembro de 2004, maio a agosto, novembro de 2005.

A Decisão recorrida, proferida pela 1ª JJF, julgou parcialmente procedente a autuação, aduzindo, inicialmente, que, a despeito de não constar dos autos o comprovante de entrega ao contribuinte de cópia das notas fiscais obtidas através do CEFAMT, restou indubitoso que o autuado teve conhecimento de todos os documentos colacionados ao PAF, na medida em que sobre eles fez expressa referência. Desta forma, por não ter havido cerceamento ao direito de defesa e em observância ao princípio da economia processual, prosseguiu no julgamento da lide administrativa.

No mérito, a Decisão guerreada destacou que a presunção de omissão de saídas decorrente de entradas não registradas encontra previsão no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, cabendo ao contribuinte comprovar a não ocorrência do fato gerador do ICMS.

Asseverou, ainda, que, a despeito de o contribuinte ter alegado que não realizou as operações de compras das mercadorias constantes nas notas fiscais acostadas ao PAF, não fez qualquer prova neste sentido, à exceção das notas fiscais a seguir relacionadas, que fazem referência a compras que não se concretizaram, consoante, inclusive, concordância expressa do autuante:

NOTA FISCAL	DATA	VALOR	ICMS	NOTA DE DEVOLUÇÃO
207211	30/06/2003	R\$1.055,22	R\$179,39	208.036
205636	15/06/2003	R\$1.084,88	R\$184,43	206.938
268236	08/12/2004	R\$462,64	R\$78,65	270.190

Extirpou, também, do lançamento de ofício, o valor de R\$69,48, relativo ao imposto constante da Nota Fiscal nº 483.119, pois o destinatário é contribuinte diverso do autuado.

Nestes termos, a Decisão recorrida reduziu o imposto inicialmente cobrado para R\$3.063,57.

Dentro do prazo legal, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 95/107, através do qual pretende a reforma da Decisão primária, para julgar improcedente o Auto de Infração contra si lavrado, pois não há, nos autos, provas de que as mercadorias indicadas nas notas fiscais efetivamente ingressaram no estabelecimento do recorrente.

Pede que seja determinada a realização de diligência no estabelecimento das empresas emitentes das notas fiscais coletadas pelo preposto fiscal, tendo em vista os indícios de que existem devoluções de mercadorias sem o efetivo ingresso dessas mercadorias no estabelecimento do recorrente.

Afirma que as provas colhidas nos postos fiscais são insuficientes para comprovar a infração atribuída ao recorrente, pois a coleta de notas no CEFAMT não comprovam o ingresso das mercadorias no estabelecimento, fazendo-se necessária a produção de outras provas para fundamentar a pretensão do fisco, inclusive a auditoria quantitativa de estoques.

Alega que muitas empresas fazem uso dos dados cadastrais de outras, para fins ilícitos.

Assevera que a multa prevista no art. 42, incisos IX e XI, da Lei nº 7.014/96, só tem lugar quando efetivamente comprovado o ingresso das mercadorias não registradas no estabelecimento, o que não ocorreu na espécie.

Alcunha de ilegal a exigência do imposto, porquanto o fato gerador respectivo não ocorreu, sendo defeso lançar tributo com base em simples suposições, o que viola os princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

No tocante à multa, diz que a exação é confiscatória, violando o art. 150, IV, da Constituição Federal, transcrevendo inúmeros entendimentos doutrinários e jurisprudenciais para embasar a inconstitucionalidade suscitada.

Ao final, pugna pelo Provimento do Recurso Voluntário, para declarar nulo o presente PAF, ou, alternativamente, para reduzir a multa imposta.

Emitiu, a PGE/PROFIS, o Parecer de fls. 110/112, pugnando pelo Improvimento do Recurso Voluntário interposto, ao argumento de que a presunção de omissão de saídas de mercadorias está amparada pela ocorrência da circulação de tais bens, constatada através da identificação de entradas, consoante notas fiscais coletadas no CEFAMT.

Afirma, ademais, que as mercadorias indicadas nas notas fiscais são comercializadas pelo recorrente, o que reforça a presunção legal.

Relativamente à multa, aduz que refoge à competência do Conselho de Fazenda a declaração de inconstitucionalidade de norma regulamentar, *ex vi* do art. 167, I, do RPAF.

VOTO

Ab initio, deve ser indeferido o pedido de diligência formulado pelo contribuinte, porquanto é seu o ônus de comprovar as matérias fáticas que alega em sua defesa, como se infere do art. 123, do RPAF, *in verbis*:

“Art. 123. É assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, medida ou exigência fiscal na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, no prazo de 30 (trinta) dias, contado da intimação.

...

§ 5º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que:

I - fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

II - se refira a fato ou a direito superveniente;

III - se destine a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidos aos autos”.

Ademais, a alegação do contribuinte de que as mercadorias não ingressaram no seu estabelecimento diverge, completamente, dos demais elementos coligidos ao presente PAF, o que retira a verossimilhança de suas assertivas e desautoriza a realização da diligência requerida.

No mérito, o imposto lançado decorre da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis decorrente da apuração de entradas não registradas, consoante prevê o art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Como curial, em matéria tributária, as presunções são sempre relativas, cabendo ao contribuinte o ônus de demonstrar a não ocorrência do fato gerador, ou seja, desconstituir o fato no qual está consubstanciada a presunção legal.

Na hipótese dos autos, o recorrente conseguiu afastar a cobrança do imposto relativo a algumas notas fiscais, porquanto demonstrou que as mercadorias foram devolvidas ao estabelecimento remetente.

Quanto às demais notas fiscais, o recorrente não logrou êxito na comprovação de que as mercadorias deixaram de ingressar em seu estabelecimento, sendo insuficiente ao afastamento da exigência fiscal a simples negativa do cometimento da infração, consoante norma expressa do RPAF:

“Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

É de se concordar com o contribuinte, quando alega que a atividade fiscal é plenamente vinculada e deve ser desenvolvida em rígida observância dos preceitos legais. Entretanto, na espécie, a legalidade milita em desfavor dos interesses do próprio contribuinte, tendo em vista, que, a par da presunção legal, no presente PAF encontram-se diversos outros elementos que reforçam o recebimento das mercadorias constantes das notas fiscais coletadas no CEFAMT: o recorrente não trouxe aos autos qualquer documento que pudesse afastar a presunção legal quanto às notas remanescentes (notas de devolução, declarações dos estabelecimentos emitentes, provas da utilização indevida dos seus dados cadastrais por outra empresa, para fins ilícitos, etc.); as mercadorias são compatíveis com os fins societários do recorrente; e as notas foram coletadas no CEFAMT, o que, por si só, indica a existência de circulação.

Logo, é de se concluir pela efetiva ocorrência do fato gerador do ICMS, mostrando-se correta a exação veiculada por conduto do presente lançamento de ofício, após as correções promovidas pela JJF.

Relativamente à multa imposta, a apreciação de sua constitucionalidade, esbarra na previsão do art. 167, I, do RPAF, que impede a este Conselho a declaração de inconstitucionalidade de norma legal ou regulamentar, reservando-se ao contribuinte a via judicial, na qual a questão poderá ser amplamente debatida.

Ante ao exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299762.0177/06-4, lavrado contra **COMERCIAL DE ESTIVAS J. SANTOS LTDA. (SUPERMERCADOS J. SANTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$3.063,57**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de maio de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTA

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ANA CAROLINA ISABELLA MOREIRA - REPR DA PGE/PROFIS