

PROCESSO - A. I. N° 269200.0719/06-5
RECORRENTE - PAULO RENATO CERQUEIRA DE ALMEIDA (RIO SECO DISTRIBUIDORA DE ÁLCOOL E AGUARDENTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0251-02/06
ORIGEM - INFAS SANTO AMARO
INTERNET - 08/01/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0406-11/07

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. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela JJF (Acórdão n° 0251-02/06), que julgou Procedente o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2006, que visa ao lançamento de imposto no valor de R\$684.824,51, tendo em vista o 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.

A JJF, inicialmente, indeferiu o pedido de diligência fiscal, com fulcro no artigo 147, do RPAF/99, por considerar suficientes os elementos contidos nos autos para a convicção do órgão julgador.

No mérito, noticiou que 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, esclarecendo que 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%. Aduziu 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.

Com relação à infração 1, afirmou que 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, sendo ao final totalizado o montante das compras que comparado com o valor declarado na DME resultou na omissão de entradas, razão pela qual o imposto foi calculado mediante a dedução do crédito fiscal de 8% previsto no § 1º, do art. 408-S, do RICMS/97.

No tocante à infração 3, esclareceu que, 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.

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

Aduziu que, quando a fiscalização no curso da ação fiscal constata que o contribuinte não contabilizou nem declarou as notas fiscais de aquisição, resta 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. Afirma que, em casos que tais, 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.

Neste contexto, constatando que o contribuinte não contabilizou nem declarou na DME as notas fiscais de aquisição coletadas nos postos fiscais contendo todos os seus dados cadastrais, considera configurada a presunção legal de omissão de saídas anteriores, razão pela qual não foi acolhido o argumento defensivo de que as imputações estão desprovidas de elementos comprobatórios, haja vista que, no tocante às infrações 1 e 3, 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.

Asseverou que o argumento defensivo lançado pelo autuado de que os seus dados cadastrais foram utilizados por terceiros 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, cabendo ao 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.

Pelo mesmo fundamento, foi julgada procedente a infração 2, que trata de exigência de imposto referente à 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 1 e 3, os quais, o autuado recebeu cópias e pode exercer a ampla defesa e contraditório.

Ao final, analisando a preliminar de nulidade juntamente com o mérito, a JJF houve por bem rejeitá-la, ao argumento de que não foram apresentados documentos capazes de elidir as infrações.

Inconformado, o autuado interpôs o Recurso Voluntário de fls. 525/528, repetindo, integralmente, a tese defensiva, e suscitando preliminar de nulidade do lançamento de ofício por ausência de provas do recebimento das mercadorias objeto da autuação.

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.

Ao final, pugna pela decretação da nulidade da autuação ou, alternativamente, pela conversão do feito em diligência, para que os fiscais autuantes façam nova averiguação sobre a matéria tratada no presente Auto de Infração.

Por conduto do Parecer de fl. 531, a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, ao argumento de que é entendimento recorrente no CONSEF de que a existência de notas fiscais regularmente emitidas e que tenham comprovadamente circulado na Bahia é prova suficiente da aquisição pelos destinatários das mercadorias indicadas.

Afirmou que o recorrente não apresentou qualquer prova ou argumento que justificasse o não recebimento da mercadoria, apenas aduzindo que promoverá a ação judicial competente contra os emitentes dos documentos fiscais, e como tal atitude ainda não foi tomada, não há Decisão acerca da inexistência de negócio jurídico entre as partes, o que poderia gerar efeitos para a autuação.

VOTO

Inicialmente, destaco que todas as três infrações objeto do presente Auto de Infração estão lastreadas numa só ocorrência: ingresso de mercadorias no estabelecimento recorrente sem o devido registro das respectivas notas fiscais, ensejando, assim, a cobrança do imposto por presunção de omissões de saídas anteriores (infrações 1 e 3), bem assim do ICMS antecipado, na qualidade de sujeito passivo por substituição (infração 2).

Com relação à preliminar suscitada, a questão da ausência de provas da acusação fiscal está absolutamente entrosada com o mérito do presente processo administrativo, razão pela qual será com este conjuntamente deslindada.

Indefere-se o pedido de diligência fiscal formulado pelo recorrente, seja porque não foi especificado, exatamente, sobre o que deveria recair a revisão fiscal, seja porque as alegações são inverossímeis, contendo o processo os elementos necessários à instrução da acusação fiscal, que se revela certa e segura.

Com efeito, a presunção de omissão de saídas de mercadorias decorrente da apuração de entradas de produtos não registrados no estabelecimento autuado encontra lastro legal no art. 4º, parágrafo 4º, da Lei nº 7.014/96, que giza:

*“§ 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.”*

A lei de regência trouxe para o ordenamento jurídico vigente uma presunção em matéria tributária, que, via de regra, é relativa, cabendo ao contribuinte o ônus de comprovar que o fato gerador, no particular, não aconteceu. Na espécie, entretanto, o recorrente não trouxe aos autos nenhum documento para dar lastro probatório à alegação de que não efetuou as transações materializadas por conduto dos documentos fiscais colhidos no sistema CAFMT e frente aos próprios fornecedores, tornando, assim, de todo insubstancialas suas assertivas.

As alegações do contribuinte, quando despidas de provas, em nada acrescentam ao processo administrativo fiscal, como dispõe o art. 143, do RPAF/99, *in verbis*:

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

Registre-se que não se trata de impor ao contribuinte o difícil ônus da prova negativa. Conquanto seja evidente que é árdua a tarefa de demonstrar que jamais realizou as transações que lhe são imputadas no lançamento de ofício, ao Fisco não resta outra alternativa a não ser exigir que os contribuintes cerquem-se de cuidados nas suas relações comerciais e adotem medidas severas contra aqueles que, no intuito de praticar fraudes fiscais, emitem documentos que não retratam a realidade.

Nestes termos, pode, o contribuinte, valer-se de instrumentos jurídicos contra aqueles fraudadores, tais como interpelações e notificações judiciais e extrajudiciais, queixa-crime pela prática de condutas delituosas, denúncias nos próprios órgãos fazendários, etc., tudo no intuito de conferir credibilidade e verossimilhança às alegações de que tais transações jamais foram efetuadas, o que não foi feito pelo recorrente, a despeito de anunciar a adoção de medidas judiciais.

A par da falta de provas acerca do não ingresso das mercadorias no estabelecimento do recorrente, milita em desfavor da tese recursal o fato de as notas fiscais terem sido colhidas no trânsito e juntamente aos fornecedores, porquanto resta materializada a circularização de bens sujeitos à tributação pelo ICMS. Ademais, as mercadorias transportadas guardam relação com a atividade comercial desenvolvida pelo recorrente e as notas fiscais foram emitidas por seus fornecedores habituais, não sendo, por fim, crível que diversos estabelecimentos comerciais tenham deliberado, concomitantemente, em emitir documentos fiscais indicando o recorrente como destinatário, com o intuito de sonegar impostos.

Ante o exposto, rejeito a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a 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 o Auto de Infração nº 269200.0719/06-5, lavrado contra PAULO RENATO CERQUEIRA DE ALMEIDA (RIO SECO DISTRIBUIDORA DE ÁLCOOL E AGUARDENTE), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$684.824,51**, acrescido das multas de 60% sobre R\$396.504,27 e 70% sobre R\$288.320,24, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de dezembro de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ALINE SOLANO CAZALI BAHIA - REPR. DA PGE/PROFIS