

PROCESSO - A. I. Nº 269094.1606/2006-0
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e VANDERLITO ALVES DE SOUZA & CIA. LTDA.
(TRANSPORTES E COMÉRCIO SOUZA)
RECORRIDOS - VANDERLITO ALVES DE SOUZA & CIA LTDA. (TRANSPORTES E COMÉRCIO
SOUZA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0009-01/07
ORIGEM - INFRAZ BRUMADO
INTERNET - 28/11/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0447-12/07

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE PAGAMENTO. MATERIAL DE USO E CONSUMO. É devido o imposto relativo à diferença de alíquotas sobre as entradas efetuadas em decorrência de operações interestaduais, quando os materiais são destinados ao uso e consumo do estabelecimento. Infração comprovada. 2. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE PRESTAÇÕES DE SERVIÇO NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A existência de suprimento à caixa de origem não comprovada indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de prestações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Documentos acostados pelo sujeito passivo comprovam a origem parcial dos Recursos, reduzindo o valor do débito. Mantida a exigência fiscal em relação às parcelas não comprovadas. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. Multa absorvida pela penalidade referente à infração 02. Infração descabida. Decisão recorrida mantida. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o segundo interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária resultou em sucumbência para a Fazenda Pública. O Auto de Infração, em lide, lavrado em 26.05.2006, refere-se à exigência de ICMS e multas em razão das seguintes infrações:

1. Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao consumo do estabelecimento, nos meses janeiro a dezembro de 2001, de 2002 e de 2003, com exigência de ICMS no valor de R\$34.738,63 e aplicação da multa de 60%. Tudo de acordo com os demonstrativos em anexo;
2. Deixou de recolher o ICMS em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, referente aos meses de maio de 2001, maio, julho a outubro e dezembro de 2002, sendo exigido ICMS no valor de R\$112.310,50, acrescido da multa de 70%. Acrescenta-se que se refere a suprimento de caixa sob

a alegação de empréstimos bancários, todavia não comprovados, conforme demonstrativos em anexo;

3. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA (Declaração e Apuração Mensal do ICMS) referente ao mês de fevereiro de 2003, aplicando a multa fixa no valor de R\$140,00. Consta que os dados divergem daqueles registrados nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativos anexos;
4. Deixou de apresentar comprovantes das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, referentes a operações de empréstimos bancários no exercício de 2005, sendo aplicada a penalidade fixa de R\$90,00.

A 1^a JJF concluiu pela Procedência Parcial do lançamento, aduzindo o que segue:

“O Auto de Infração em tela exige ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de materiais destinados ao consumo do estabelecimento; e aquele detectado através da constatação da existência de suprimento de caixa de origem não comprovada; aplica multa por declaração de dados incorretos através da DMA e devido à falta de apresentação de documentação comprobatória de empréstimos bancários.

Da análise das peças processuais, verifico que na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto nos artigos 18, IV, “a” e 39, do RPAF/99, com a entrega ao sujeito passivo de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário, tendo a infração sido descrita de forma clara, estando fundamentada nos demonstrativos, livros e documentos fiscais, que embasaram a acusação fiscal, determinando com segurança a infração e o infrator. Além do que, o autuado, exercendo o seu direito de ampla defesa e do contraditório, apresentou impugnação, demonstrando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Ressalto, de igual modo, não vislumbrar nos autos nenhuma ofensa aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, afastando, deste modo, todas as argüições de nulidade suscitadas pelo autuado.

Observo que o sujeito passivo não impugnou as infrações correspondentes aos itens 03 e 04, reconhecendo tacitamente o cometimento dessas irregularidades. Constatou que o procedimento fiscal, no caso da infração 03, foi realizado atendendo as orientações legais, tendo a exigência fiscal ocorrido de forma correta. Assim, fica mantida essa infração.

Em relação à infração 04, verifico que foi indicada pelo autuante uma multa pela falta de apresentação da documentação relativa aos alegados empréstimos bancários, concernentes à infração 02. Saliento que apesar da infração estar parcialmente comprovada, seguindo a previsão contida no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, a mesma deve ser dispensada, por estar absorvida pela multa por descumprimento de obrigação principal, correspondente à infração 02. Deste modo, esta infração é descabida.

Analizando o mérito da infração 01, vejo que a mesma se refere à falta de recolhimento do ICMS relativo à aquisição interestadual de materiais destinados ao consumo do estabelecimento. Esta matéria está disciplinada no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97, que estabelece:

“Art. 5º Para efeitos de pagamento da diferença de alíquotas, ocorre o fato gerador do ICMS no momento:

I - da entrada, no estabelecimento de contribuinte, de mercadoria ou bem oriundos de outra unidade da Federação, quando destinados a uso, consumo ou ativo permanente do próprio estabelecimento;”.

Portanto, o fato gerador ocorreu quando da entrada no estabelecimento do contribuinte das

mercadorias destinadas ao seu consumo, estando a exigência fiscal amparada na legislação pertinente.

O autuado arguiu que as mercadorias em questão se referiam a bens destinados ao seu ativo imobilizado, alegando que, desse modo, estaria dispensado do recolhimento do imposto correspondente, tendo em vista a sua atividade de transportador, optante pelo crédito presumido, de acordo com o art. 7º, inciso IV, alínea “c”, do RICMS/97. Ressaltou, ademais que ocorreu falha no procedimento fiscal, considerando que não foram anexadas aos autos as cópias das notas fiscais objeto da imputação.

Em sentido contrário, o autuante asseverou que efetivamente os materiais se destinavam ao uso e consumo do estabelecimento, se constituindo principalmente em autopeças, gerando, consequentemente, a obrigação de pagamento do imposto referente à diferença de alíquota, por considerar que a dispensa de pagamento do ICMS, nesses casos, somente está prevista a partir de 01/01/2007. Quanto aos documentos fiscais, enfatizou tê-los arrecadado, elaborado os demonstrativos nos quais fizera constar os dados constantes das notas fiscais, anexando-os ao PAF, juntamente com cópias reprográficas das respectivas folhas dos livros Registro de Entrada. Esclareceu ter devolvido as referidas notas fiscais sem anexar suas cópias, por se tratar de grande quantidade de documentos, fazendo juntada tão somente daquelas que não haviam sido lançadas nos livros do contribuinte.

Pela análise das peças processuais me convenci que, no caso da lide, não assiste razão ao autuado, tendo em vista que ele dispõe dos documentos que lhe bastariam para elidir a acusação fiscal. Ressalto que na última manifestação do autuante, este demonstrou tê-lo intimado novamente a apresentar as cópias das notas fiscais, tendo, inclusive, juntado à intimação um anexo relacionando todos os documentos fiscais objeto da cobrança do tributo. Entretanto, o autuado se negou a atender a intimação, sob o fundamento de que o autuante já tinha conhecimento de seu teor quando da realização da ação fiscal, apesar de ter afirmado na peça defensiva que faria juntada desses documentos. Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, a infração 01 é totalmente procedente.

No que se refere à infração 02, a exigência tributária deve-se à verificação pela fiscalização da existência de suprimento de caixa de origem não comprovada. Na presente situação, o art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, determina que se presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. No mesmo sentido, estabelece o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, que transcrevo abaixo.

“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”.

O autuado argumentou que os valores tidos como não comprovados se originaram de empréstimos realizados pelo estabelecimento, tendo anexado extratos bancários, visando corroborar suas arguições. Discordo do posicionamento do autuante, que não acatou as provas acostadas pelo sujeito passivo, sob a alegação de não terem sido juntados os contratos firmados com as instituições bancárias, visando validar as aludidas transações,

bem como por faltar a apresentação do extrato bancário referente ao empréstimo no valor de R\$108.000,00.

Observo que as cópias reprográficas dos extratos bancários coincidem com os valores dos lançamentos de empréstimos efetivados na escrita da empresa, isto em relação aos lançamentos referentes aos meses de maio a setembro e dezembro de 2002, devendo, assim, serem aceitos como prova, haja vista que estão lastreados por documentação comprobatória. Entendo, por conseguinte, que em relação aos períodos citados não se confirmou o suprimento de caixa com Recurso de origem desconhecida, pois restou demonstrado que efetivamente existiram as entradas por empréstimos bancários, caso em que a falta de apresentação de contratos exigidos pelo autuante, ao meu ver, não descaracteriza as operações comprovadamente realizadas entre a empresa e as instituições financeiras, significando dizer que houve aporte de Recursos no caixa do autuado, situação que elide em parte a presunção de omissão de receitas oriundas da prestação de serviços de transporte lançada no Auto de Infração.

Considerando, no entanto, que o sujeito passivo não apresentou documentos comprobatórios concernentes aos lançamentos efetivados em relação aos meses de maio de 2001 e outubro de 2002, a infração 2 resta parcialmente procedente, no valor de R\$35.360,00, conforme demonstro abaixo.

Data de ocorrência	Valor Histórico (R\$)	Valor julgado (R\$)
31/05/2001	17.000,00	17.000,00
05/05/2002	17.000,00	0,00
08/07/2002	17.000,00	0,00
16/08/2002	10.140,50	0,00
26/09/2002	17.000,00	0,00
29/10/2002	18.360,00	18.360,00
30/12/2002	15.810,00	0,00
TOTAL	112.310,50	35.360,00

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo as infrações 1 e 3 procedentes, a infração 2 parcialmente procedente, no valor de R\$35.360,00 e a infração 4 descabida.”

Irresignado com a Decisão proferida em 1ª Instância, o Autuado ingressou com Recurso Voluntário, impugnando a procedência da autuação das infrações 1 e 2 do Auto de Infração, sob os seguintes argumentos:

“O nobre preposto fazendário furtando-se de uma apuração mais detalhada da realidade material, imputa ao autuado o recolhimento do ICMS decorrente de diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento sobre produtos que, em verdade, destina-se ao ativo permanente.

Neste sentido, restará amplamente demonstrado mediante cópia das notas fiscais relacionadas pelo autuante que serão anexadas ao decorrer deste processo administrativo fiscal, que as mercadorias destacadas nas notas fiscais relacionadas são, em verdade, bens destinados ao ativo imobilizado.

Desta forma, falta motivo para o autuante proceder a lavratura do malsinado Auto de Infração, imputando a falta de recolhimento do ICMS decorrente de diferença de alíquota nas aquisições de mercadorias de outras unidades da federação destinadas a consumo do estabelecimento.”

Para fundamentar as suas razões de impugnação, no que se refere à infração 1, colecionou trechos de obras literárias e jurisprudência.

No tocante à infração 2, aduziu que “...observa-se que o representante da fazenda deixou de observar que as receitas, supostamente decorrentes de saída de mercadorias tributáveis, provêm de empréstimos bancários (operação não sujeitas a cobrança do tributo (ICMS), conforme restará demonstrado mediante extratos bancários a serem acostadas ao PAF, pelo qual, requer, desde, logo, sua posterior juntada.”

Ao final de seu Recurso Voluntário, o recorrente pugna pela improcedência do Auto de Infração.

A Douta Procuradoria, no seu Parecer de fls. 335/341, opina “pelo Improvimento do Recurso Voluntário, para que sejam mantidos integralmente os termos da Decisão de fls. 309/316.”, aduzindo em síntese que:

“Da análise das razões expendidas no Recurso Voluntário, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do acórdão, ora recorrido.

Inicialmente, cumpre aduzir que, da análise dos autos percebe-se que foi assegurado ao recorrente o exercício da ampla defesa e do contraditório, com seus meios e Recursos inerentes, na forma estipulada no art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, não havendo razão para a decretação de nulidade.

Observa-se que as questões suscitadas pelo autuado cingem-se especificamente a questões fáticas de provas que não foram apresentadas pelo contribuinte a quem cabia o ônus de produzi-las.

Em relação á infração 1 (falta de pagamento da diferença de alíquota decorrente da aquisição interestadual de bens de uso e consumo), não há motivo para irresignação do contribuinte. Não procede a afirmação de que por ser o contribuinte transportador optante do crédito presumido de que cuida o inciso XI do art. 96 do RICMS, estaria dispensado do pagamento da diferença de alíquotas em face do art. 7º, IV, já que a infração não se refere à aquisição de bens para ativo permanente e sim à aquisição de bens de uso e material de consumo (pneus, auto peças e outros materiais), haja vista tratar-se o autuado de empresa de transportes de cargas, conforme se verifica da nota explicativa de fls. 14, das informações de fls. 280, das notas fiscais de aquisição interestadual de bens de uso e material de consumo.

A não incidência prevista no art. 7º, inc. IV, “c”, do RICMS/97 não se estende às aquisições interestaduais de bens destinados a uso e consumo. Ademais, não há ofensa ao princípio da reserva legal (artigo 97 do CTN). Observe que o art. 2º da Lei estadual nº 7.014/96 expressamente prevê.

(...)

Assim, verifica-se que o fato gerador ocorreu, estando a exigência fiscal amparada na legislação pertinente, não tendo o recorrente se desincumbido do ônus da prova necessária para elidir a infração fiscal. Opino pela procedência da infração 1.

No que se refere à infração 2, a exigência tributária decorre da constatação pelo autuante da existência de suprimento de caixa de origem não comprovada. Neste caso, o art. 2º, parágrafo 3º, inciso IV, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, determina que se presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção. No mesmo sentido, estabelece o art. 4º, parágrafo 4º da Lei nº 7.014/96.

(...)

Destarte, em face da constatação de suprimento de caixa de origem não comprovada, bem como de saldo credor de caixa na contabilidade do sujeito passivo e a mángua de documentos probatórios capazes de elidir a ação fiscal, coerente a Decisão recorrida ao concluir pelo cabimento da mesma(infração 02).”

VOTO

Tratam os autos de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o segundo interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária resultou em sucumbência para a Fazenda Pública.

Compulsando o presente PAF observa-se que durante a ação fiscal o autuante tomou os devidos cuidados para preservar todas as garantias processuais, não podendo se falar em violação ao princípio do devido processo legal, ampla defesa, ou qualquer outro previsto em nossa legislação. Devendo, ainda, destacar que o autuado recebeu cópias das peças da autuação, foi intimado de todas as decisões proferidas pela instância administrativa, bem como apresentou Recurso dentro dos prazos de lei. Assim, a nulidade argüida pelo autuado deve ser acolhida.

Quanto à infração 1, observo que a mesma se refere à falta de recolhimento do ICMS a título de diferença de alíquota relativo à aquisição interestadual de materiais destinados ao consumo do estabelecimento e se encontra disciplinada no artigo 5º, inciso I, do RICMS/97.

Em que pese o autuado ter argüido que as mercadorias em questão se referiam a bens destinados ao seu ativo imobilizado, aduzindo que, desse modo, estaria dispensado do recolhimento do imposto correspondente, tendo em vista a sua atividade de transportador, optante pelo crédito presumido, de acordo com o art. 7º, inciso IV, alínea “c”, do RICMS/97, suas alegações não merecem ser acolhidas, vez que a não-incidência prevista, no artigo acima descrito, não se estende às aquisições interestaduais de bens destinados a uso e consumo.

Desta forma, tendo em vista que o fato gerador do ICMS ocorreu quando o autuado adquiriu bens para o seu ativo permanente, a infração 1 deve ser mantida.

No tocante à infração 2, a Decisão da JJF deve ser mantida em sua íntegra, senão vejamos:

A infração 2 é decorrente da existência de suprimento de caixa de origem não comprovada, cujo fato gerador determina a presunção de ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, podendo a infração ser elidida se o contribuinte colecionar provas em contrário.

Embora o autuado tenha afirmado de que o suprimento de caixa tenha sido decorrente de empréstimos bancários, em suas peças defensivas, o autuado apenas conseguiu provar que um dos suprimentos de caixa, se tratava, de fato, de empréstimo bancário, cujo valor foi considerado pela JJF e reduzido o débito fiscal.

Durante o curso do PAF o autuado não comprovou o efetivo ingresso, na sua contabilidade, dos recursos apurados mediante o levantamento fiscal levado a efeito em relação aos meses de maio de 2001 e outubro de 2002, devendo tais autuações serem consideradas procedentes.

Deve-se destacar que a simples negativa de cometimento de infração fiscal, não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme o art. 143 do RPAF/99.

Quanto à infração 4, também objeto do Recurso de Ofício, considero correto o entendimento esposado pela Junta de Julgamento Fiscal, pois a penalidade aplicada é consequência direta da infração 2, por isso, a multa pelo descumprimento de obrigação principal da segunda infração absorve a indicada na infração 4. Mantenho a Decisão da 1ª Instância.

Diante de todas as razões expendidas pelo autuado, bem como das provas colecionadas aos autos, não observo nenhum argumento jurídico capaz de provocar a revisão do acórdão ora atacado.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário interpostos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a 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 269094.1606/06-0, lavrado contra **VANDERLITO ALVES DE SOUZA & CIA. LTDA. (TRANSPORTES E COMÉRCIO SOUZA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$70.098,63**, acrescido das multas de 60% sobre R\$34.738,63 e 70% sobre R\$35.360,00, previstas nos incisos II, alínea “f” e III, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$140,00**, prevista no inciso XVIII, alínea “c”, do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de setembro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS