

A. I. Nº - 299389.0003/06-6
AUTUADO - ALABAH DISTRIBUIDORA LTDA.
AUTUANTE - LUIZ CARLOS DE ARAÚJO
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 19. 02. 2008

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-01.08

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. **a)** SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração confirmada. **b)** SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Revisão procedida pela ASTEC comprova não ter ocorrido desembolso em relação aos lançamentos realizados no livro Razão Analítico, haja vista que se referiram a transferências em razão de mudança de endereço. Infração descaracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Revisão do lançamento, tendo em vista que não foram anexadas pela fiscalização algumas notas fiscais objeto da exigência fiscal. Mantida parcialmente a infração. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 05/06/2006, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 43.677,73, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, em agosto de 2005, sendo exigido imposto no valor de R\$ 2.670,32, acrescido da multa de 70%;

02 – deixou de efetuar o recolhimento do ICMS referente à antecipação parcial, correspondente à aquisição de mercadorias em outras unidades da Federação para comercialização, nos meses de março, maio e agosto a novembro de 2004, janeiro a março, outubro e novembro de 2005, exigindo o imposto no valor de R\$ 6.414,80, acrescido da multa de 60%;

03 – deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, no mês de fevereiro de 2004, sendo lançado imposto no valor de R\$ 34.592,61, acrescido da multa de 70%.

O autuado, através de representantes legalmente constituídos, apresentou impugnação às fls. 202 a 219, argüindo preliminarmente a nulidade do lançamento no que se refere às infrações 01 e 03, em

decorrência de falta de observação dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, 28, § 4º e 39, do RPAF/99, considerando que o Termo de Encerramento não se faz acompanhar dos demonstrativos e provas que possibilitem constatar, com segurança, a materialidade das infrações imputadas.

Ainda como preliminar, no que tange à infração 02, alega que foi atribuída a prática da infração com base em informações obtidas, supostamente, pelo Sistema SINTEGRA, não sendo trazida aos autos a efetiva prova das aquisições de mercadorias provenientes de outros estados, o que evidenciaria a exigência do recolhimento antecipado do ICMS, o que poderia ser feito através das cópias das notas fiscais colhidas através do Sistema CFAMT.

Transcrevendo o art. 2º do RPAF/99, ressalta que o legislador baiano buscou assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário diante do contencioso fiscal. Salientando que o art. 112 do CTN – Código Tributário Nacional –, ao procurar proteger o direito do contribuinte, estabeleceu o princípio do *in dubio pro contribuinte*, afiança que no julgamento do Auto de Infração deve ser verificada a real existência do fato gerador.

Argúi que a existência de saldo credor de caixa e o suprimento de caixa de origem não comprovada devem ser amplamente demonstrados, com base nos livros e documentos fiscais, confrontando o débito e o crédito da empresa, caso em que o resultado deve representar a realidade contábil constatada. Afirma que o fato do autuante deixar de trazer ao PAF os demonstrativos que evidenciem a hipótese de ocorrência da presunção legal resulta na completa nulidade do lançamento, uma vez que lhe faltam os elementos suficientes para determinar, com segurança, a infração, conforme prevê o RPAF/99, através dos transcritos § 4º, incisos I e II, do art. 28 e art. 18, inciso IV, alíneas “a” e “b”. Nesse sentido, transcreveu as ementas referentes aos Acórdãos JJF 2204-04/01 e 0369-04/02, emanados deste CONSEF, que apontaram a nulidade das respectivas autuações, devido à falta de certeza e liquidez dos lançamentos.

No mérito, salienta que em relação à infração 01 o autuante não observou o que prevê o art. 155, inciso II, § 2º, incisos I e II da Constituição Federal de 1988, que transcreveu, onde está delineado o princípio da não-cumulatividade, uma vez que não compensou a saída de mercadorias tributáveis, apuradas presumidamente mediante saldo credor de caixa, com o montante cobrado nas operações anteriores. Assim, o tributo deveria ter sido cobrado à alíquota de 17%, porém com a concessão do crédito devido de 8%, para que não fosse violado o referido princípio.

Argumenta que a regra da não cumulatividade não consubstancia mera sugestão, constituindo-se num princípio constitucional de eficácia plena, devendo ser observado indistintamente pelo contribuinte, pelo legislador e pela Fazenda Pública Estadual. Esse mecanismo faz nascer, para o contribuinte, um crédito fiscal toda vez que ele adquire uma mercadoria ou um serviço com incidência do imposto.

Acrescenta que de acordo com Sacha Calmon Navarro Coelho esse crédito alcança o ativo imobilizado, os bens de uso e consumo, além de todos os insumos diretos e indiretos utilizados na produção e circulação de mercadorias e serviços, devendo ser observado que somente as entradas tributadas geram crédito e, de igual modo, apenas as saídas tributadas geram débitos, sendo que se o resultado da diferença entre um e outro gerar débito em valor superior, haverá imposto a pagar e, em caso contrário, se o crédito for maior, haverá direito à sua transferência.

Transcreveu o ensinamento do tributarista Roque Antonio Carraza, que conclui afirmando que a regra da compensação do tributo é uma diretriz imperativa, resultando para o contribuinte o direito de ver observado, em cada caso, o princípio da não-cumulatividade do ICMS.

Deste modo, qualquer norma ou ato administrativo que contrarie esse princípio constitucional, deve ser declarado inconstitucional, não produzindo qualquer efeito no mundo jurídico. É este o caso da lide, uma vez que da existência de saldo credor em caixa se presume que houve saída de mercadorias tributáveis, o que, por via de consequência, gera o direito à compensação do crédito do imposto gerado na operação anterior (a da entrada das mercadorias tributáveis).

Para ilustrar o seu entendimento, transcreveu lição da professora Misabel Derzi, que versa sobre o direito do contribuinte relativo à operação ocorrida anteriormente. Requer que seja retificado o valor da exigência fiscal, considerando o direito a compensar o crédito gerado pelo imposto incidente na operação anterior, para que seja recolhida apenas a diferença resultante.

No que se refere à infração 02, observa que foi ignorado o princípio que veda a bi-tributação, pois se exige o recolhimento antecipado do imposto sobre operações já pagas, conforme documentos de arrecadação que anexou às fls. 229 a 241. Considerando que a legislação tributária que rege o ICMS não traz qualquer menção de nova incidência do imposto sobre o mesmo fato gerador, não pode o lançamento fiscal cobrar imposto sobre fato já recolhido. Afiança que o art. 156 do CTN estabelece que o crédito tributário se extingue com o pagamento, resultando que a exigência não procede, por restar comprovado o pagamento do crédito fiscal lançado.

Assevera que esse tipo de imputação é apenas relativamente comprovado, por admitir prova em contrário, através da apresentação das notas fiscais de entrada e da ausência dos comprovantes do pagamento do imposto, o que não ocorreu, fulminando a auditoria, por falta de provas. Para tanto, transcreveu a ementa correspondente ao Acórdão JJF 0083/01-02, que desconstituiu parte do valor exigido, devido à falta de apresentação parcial das notas fiscais obtidas através do CFAMT.

Diz que no Direito Tributário é nulo o Auto de Infração baseado em hipóteses legais sem provas das operações, por se converter em ficção, ferindo o princípio do ato regrado ou vinculado à Lei (CTN, artigos 97, I e II, 114, 116, I, 141, 142 e 144; CF/88, artigos 5º, II, 37, *caput* e 150, I). Acrescenta que a imputação é desprovida de elementos probatórios, como exige o RPAF/99, em seus artigos 2º, *caput*, 18, inciso IV, alínea “a” e 41, inciso II, que transcreveu.

Tendo em vista os vícios insanáveis constatados no lançamento, pugna pela sua total nulidade ou, se assim não entender o órgão julgador, que no mérito decida pela sua improcedência, em face das razões expostas.

Tratando da infração 03, destaca que não há qualquer suprimento de origem não comprovada, já que o autuante se baseou no livro Razão Analítico, que distorce a verdade material, por conter diversos erros de escrituração, considerando que a sua contabilidade inseriu no citado livro, como débito, as entradas de mercadorias decorrentes da simples circulação física de produtos, decorrentes de mudança de endereço do seu estabelecimento, conforme demonstrado nas notas fiscais acostadas às fls. 243 a 262 e na alteração do contrato social (fls. 222 a 225).

Dessa forma, manifestou o entendimento de que não houve motivação para o lançamento, por estar baseado em motivos falsos, inexistentes e, portanto, nulos na origem, inconciliáveis (STF, RTJ 79/478-490; Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed. RT, SP 1990, pg. 174/175). Trouxe, ainda, o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello e Hely Lopes Meireles sobre o princípio da motivação e um trecho da publicação da Editora Forense, intitulada “Comentário ao Código Tributário Nacional”, que trata da revisão do lançamento em decorrência da existência de erro de fato ou de direito. Tendo em vista que não se admite defesa baseada em erro de direito, principalmente em se tratando de falha praticada pela própria administração, esta não poderá alegar a nulidade de um ato seu, por haver interpretado mal o direito.

Conclui desse modo, que tendo a autuação decorrido de um erro de fato quando do exame do seu livro Razão Analítico, devido à incorreção dos dados nele lançados, houve distorção da verdade material dos fatos. A própria legislação do ICMS estabelece que não há incidência do imposto na circulação física de mercadoria, em virtude de mudança de endereço do estabelecimento, neste Estado, através do transcrito art. 6º, inciso IX do RICMS/97.

Argúi que se constata no livro Caixa (Doc. 5) não haver motivo para a lavratura do Auto de Infração, por inexistir qualquer suprimento de caixa de origem não comprovada.

Requer que o CONSEF declare a total nulidade do Auto de Infração e, se assim não entender, decida pela sua improcedência, em face das razões apresentadas.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 268/269, esclarecendo que a infração 01 foi apurada através do livro Razão Analítico (fl. 43); em relação à infração 02 disse que elaborou relação das notas fiscais (fls. 07 a 09), estando todas lançadas no livro Registro de Entradas (fls. 45 a 198), tendo também apresentado o demonstrativo dos valores recolhidos com o código 2175 (referente à antecipação parcial), além das cópias de todos os comprovantes de arrecadação (DAEs) com esse código, referentes ao período fiscalizado; já a infração 03 foi apurada no livro Razão Analítico (fls. 41/42).

Assevera terem sido observados todos os requisitos legais para a lavratura do Auto de Infração, tendo sido assegurada ao contribuinte a oportunidade de se conscientizar da ação fiscal.

Alega que na defesa não foi apresentado nenhum fato concreto, tendo o contribuinte se limitado a apontar dúvidas quanto à legalidade do Auto de Infração e sobre a validade do livro Razão, por ele próprio apresentado mediante intimação, tendo servido de subsídio parcial à autuação, que não foi feita por presunção, porém com base na documentação fiscal e contábil.

Ratifica a ação fiscal e sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente.

Conforme consta à fl. 273, a 4^a JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ Juazeiro, para que o autuante acostasse ao PAF as cópias reprográficas de todas as notas fiscais correspondentes à infração 02, constantes da relação de fls. 07 a 09; o autuante deveria indicar dentre as notas fiscais, quais se encontravam lançadas nos livros fiscais do contribuinte; deveria, ainda, fornecer ao autuado cópias das notas fiscais não escrituradas no livro Registro de Entradas.

Em seguida, o processo deveria ser encaminhado ao sujeito passivo para tomar ciência da diligência, devendo ser reaberto o prazo de defesa, com posterior retorno ao CONSEF, para julgamento.

Em atendimento à diligência requerida, o autuante informou à fl. 278, que tendo intimado o contribuinte em 28/09/2006 (fl. 279), a apresentar as notas fiscais, este não atendeu ao solicitado, sob a alegação de que as notas fiscais se encontravam com o advogado, que as apresentaria oportunamente.

Acrescenta que à exceção das Notas Fiscais 15.049, 95.065, 31.778 e 31.896, as demais foram lançadas pelo contribuinte no livro Registro de Entradas, não deixando dúvidas quanto à efetividade da aquisição das mercadorias. Esclarece que para melhor clareza, assinalou nas fls. 07 a 09 do PAF, os números das folhas deste processo nas quais se pode verificar o lançamento de cada nota fiscal no citado livro, além de ter sublinhado e marcado com asterisco cada lançamento no Registro de Entradas (fls. 45 a 198).

Quanto às notas fiscais acima citadas, mesmo não estando lançadas no Registro de Entradas, também se referem a aquisições realizadas pelo contribuinte, pois, assim como as demais, seus números foram obtidos através dos arquivos do SINEGRA no mesmo procedimento fiscal.

Cientificado (fl. 280) quanto ao resultado da diligência, ao tempo em que foi concedido o prazo de 10 (dez) dias para que apresentasse defesa/manifestação, o autuado se manifestou a respeito às fls. 283 a 292, tratando inicialmente a respeito da infração 02, quando asseverou que o autuante se equivocou ao afirmar que o contribuinte não atendera a intimação referente à entrega das notas fiscais, uma vez que todos os documentos solicitados no momento da fiscalização e após a lavratura do Auto de Infração lhe foram entregues.

Salienta que a autoridade fiscal tem a obrigação de esgotar todos os meios hábeis para constatação ou não da ocorrência do fato gerador, não podendo, em sentido contrário, deixar ao contribuinte a tarefa de prestar as informações necessárias, além de atribuir-lhe a tarefa de provar o contrário do quanto é alegado por ele próprio.

Destaca que o autuante se deteve tão somente em informações colhidas pelo SINEGRA, sem trazer as cópias das notas fiscais de entrada, a fim de comprovar a materialidade da infração. Deste modo,

se verifica que as aquisições, assim como a natureza das mercadorias constantes das notas fiscais em referência estão carentes de provas reais, haja vista que não restou provada a hipótese da obrigatoriedade do recolhimento antecipado do ICMS, qual seja a aquisição de mercadorias para comercialização, provenientes de outras unidades da Federação, não compreendidas nas hipóteses do transrito art. 355 do RICMS/97. Tal fato, no seu entendimento, fulmina completamente o lançamento, por inexistir nos autos a cópia das notas fiscais de entrada, documentação necessária para provar a falta de recolhimento imposto devido por antecipação.

Ressalta que a cópia do livro Registro de Entradas por si só não traz elementos suficientes para consubstanciar a imputação, fazendo-se necessário a juntada das respectivas notas fiscais, uma vez que as operações poderiam estar acobertadas pelas hipóteses do art. 355, do RICMS/97. Para ilustrar a necessidade de se fazer a juntada do meio probatório hábil, transcreveu novamente a ementa relativa ao Acórdão JJF 0083-01/02 e os artigos 2º e 18, inciso IV e 41, todos do RPAF/99.

Argúi que o fato do autuante informar que as notas Fiscais 15.049, 95.065, 31.778 e 31.896 não foram lançadas no livro Registro de Entradas, comprova que o único meio seguro de prova de que tais mercadorias efetivamente teriam entrado em seu estabelecimento e que deveria ter sido efetuado o recolhimento do ICMS antecipado, são as notas fiscais de entrada, que inexistem no PAF. Entende que essas notas fiscais devem ser excluídas do demonstrativo da antecipação parcial.

Observa que o fisco está obrigado a oferecer a prova concludente, as notas fiscais de entrada, para demonstrar a imputação, de modo que o suporte fático correspondente seja de tal sorte transparente e cristalino, que o ato possa prevalecer, trazendo os efeitos pretendidos, a fim de constituir o vínculo obrigacional entre o particular e o fisco, no que se refere à cobrança do tributo. Nesse sentido, transcreveu o posicionamento da professora Suzy Gomes Hoffmann, extraído da obra “Teoria da Prova no Direito Administrativo”.

Afirma que devem ser excluídas do demonstrativo elaborado pelo autuante todas as notas fiscais de entrada que não se encontram materialmente comprovadas nos autos. Solicita que seja declarada nula a infração, por falta de elementos que comprovem, com certeza, a imputação.

Ao tratar sobre a infração 03, alega que a mesma deve ser rechaçada, considerando ter derivado do equívoco verificado no livro Razão Analítico, em decorrência de simples circulação física de produtos, devido à mudança de endereço de seu estabelecimento.

Reitera, no que se refere à infração 01, ter faltado elementos que comprovem a materialidade da infração e ter ocorrido ofensa ao princípio da não-cumulatividade.

Pugna pela improcedência do Auto de Infração.

Considerando as alegações defensivas referentes à ausência no PAF dos demonstrativos correspondentes às infrações 01 e 03; considerando que o contribuinte atribuiu a apuração do débito concernente à infração 03 a equívoco verificado no lançamento de operações de simples transferências decorrentes de alteração do endereço de seu estabelecimento: a 1ª JJF, em pauta suplementar (fl. 297), deliberou que o processo fosse encaminhado à ASTEC/CONSEF, para que diligente revisor a ser designado adotasse as seguintes providências:

1) verificasse, *in loco*, em relação à infração 03, com base nos documentos fiscais acostados aos autos e no livro Diário, a ser apresentado pelo contribuinte, mediante intimação, se os lançamentos referentes às remessas decorrentes de alteração de endereço repercutiram em relação aos saldos da conta Caixa. Se for identificado saldo credor, apontar os valores nos respectivos períodos;

2) elabore demonstrativos referentes à infração 01 e, se fosse o caso, também em relação à infração 03.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, cópia reprográfica dos novos papéis de trabalho elaborados pelo diligente, assim como do Termo de Diligência. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias,

para, querendo, se manifestar nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Através do Parecer ASTEC nº. 145/2007 (fls. 299/300), o ilustre revisor Francisco Atanásio de Santana informa que tendo sido intimado, o contribuinte apresentou os livros Diário e Razão ajustados após a ação fiscal, referentes aos exercícios de 2004 e 2005, assim como as Notas Fiscais de nº.s 17.828 a 17.831, 17.833 e 17.834, nos valores de R\$ 1.895,49, R\$ 52.010,58, R\$ 37.097,27, R\$ 42.312,34, R\$ 29.760,14 e R\$ 40.410,12 respectivamente, referentes ao mês de fevereiro de 2004.

Afiança que durante visita ao estabelecimento autuado examinou os citados livros e documentos fiscais, tendo constatado que os valores constantes nas notas fiscais, que serviram de base para o lançamento correspondente à infração 03, representando um crédito tributário no valor de R\$ 34.592,61, foram registradas como entradas na conta Caixa de sua escrita contábil, no mês de fevereiro de 2004, por equívoco, tendo em vista que se tratavam de documentos fiscais emitidos para acobertar a remessa de mercadorias próprias, em decorrência de mudança de endereço.

No que se refere à infração 01, cujo débito apurado de R\$ 2.670,32, decorreu da constatação da existência de saldo credor de caixa no valor de R\$15.707,76, que serviu de base para a autuação, informa que o contribuinte não apresentou documentos que fundamentassem os ajustes realizados em seu livro Diário após a lavratura do Auto de Infração, quando alterou o saldo credor de caixa para a condição de saldo devedor, na importância de R\$ 3.869,44, conforme se verifica na página 00245 do seu livro Razão (fl. 303), referente ao mês de ocorrência do lançamento (agosto de 2005).

Acrescenta que ao perquirir o contador Sr. Paulo Alexandre de Oliveira a respeito da documentação que dera suporte aos referidos ajustes contábeis, o mesmo explicara que não poderia apresentar os documentos, pois as alterações tinham sido processadas pelo profissional anterior, o que prejudicou a análise dos fatos.

Concluindo, salienta que em relação à infração 03 ficou constatada a ocorrência de erro na escrituração contábil, ao se registrar impropriamente no Caixa Geral notas fiscais relativas a mudança de endereço do impugnante.

Já no caso da infração 01, não foi possível comprovar os ajustes realizados após a autuação, devido à falta de apresentação dos documentos que fundamentaram os ajustes contábeis levados a efeito pelo contribuinte.

Cientificado quanto ao resultado da diligência, o autuado se manifestou à fl. 307, acatando o teor do Parecer ASTEC nº 145/2007, considerando o denodo e a imparcialidade dos integrantes da Assessoria Técnica do CONSEF, que em respeito ao princípio da verdade material se posicionaram pelo reconhecimento da improcedência da infração 03.

Argumenta que em relação à infração 01 apresentará os documentos que fundamentaram os ajustes contábeis realizados e que possibilitaram que o saldo de caixa fosse modificado de credor para devedor no montante de R\$ 3.869,44.

VOTO

Verifico que a autuação decorreu da falta de recolhimento do ICMS, sendo na primeira infração como consequência da apuração de saldo credor de caixa; na segunda se referiu ao imposto devido por antecipação parcial, nas aquisições de mercadorias em outros Estados destinadas à comercialização; já a terceira infração resultou de suprimento de caixa de origem não comprovada.

Considerando que o sujeito passivo suscitou preliminares de nulidade, tratarei inicialmente a respeito das argumentações apresentadas. Afasto as alegações defensivas que dizem respeito à desobediência aos princípios da ampla defesa e do contraditório além daquele que trata da verdade material, considerando que no caso da lide as infrações estão todas devidamente previstas no RICMS/97, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97, que por sua vez regulamenta a Lei nº. 7.014/96, que

fundamenta esse imposto. Saliento ademais, que no caso das infrações 01 e 03, ao apurar os valores imponíveis, o autuante se baseou respectivamente nos dados constantes nos livros Caixa e Razão Analítico, elementos fornecidos pelo próprio contribuinte.

Além do que, tendo o sujeito passivo recebido cópias dos papéis de trabalho elaborados pelo autuante, exerceu o seu direito de defesa, apresentando impugnação, evidenciando ter pleno conhecimento dos fatos arrolados na acusação fiscal que originou a lavratura do presente Auto de Infração. Acrescento que o procedimento fiscal não violou as regras contidas dos artigos 18, inciso IV, alínea “a”, 28, § 4º e 39, do RPAF/99, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator.

Quanto à argüição de constitucionalidade do lançamento, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de constitucionalidade, entretanto a exigência tributária está respaldada na Lei nº 7.014/96.

Registro que considerando as alegações defensivas concernentes à infração 02, de que as notas fiscais utilizadas no levantamento haviam sido colhidas através do Sistema SINTEGRA, a 4ª JJF converteu o processo em diligência, tendo o autuante esclarecido que à exceção de quatro notas fiscais, todas as demais tinham sido lançadas no livro Registro de Entradas do contribuinte. Posteriormente tendo sido verificado que persistia a necessidade de se apurar as argumentações do autuado correspondentes às infrações 01 e 03, a 1ª JJF determinou a realização de nova diligência a ser conduzida pela ASTEC, visando oferecer subsídios a este órgão julgador na tomada de decisão.

No mérito, no que se refere à infração 01, saliento que a sua apuração está baseada nos preceitos contidos no art. 2º, § 3º, inciso IV, do RICMS/97, que ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, diz que se presume a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar a ocorrência de saldo credor de caixa, além de outras hipóteses. No mesmo sentido, estabelece o § 4º, do art. 4º, da Lei 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.”

Deste modo, a constatação, pela fiscalização, da existência de lançamentos no livro Caixa do sujeito passivo, de recursos aplicados em seus pagamentos cuja origem era desconhecida, indica a ocorrência de saldos credores na conta Caixa. Neste caso, o dispositivo acima citado autoriza a utilização da presunção legal de que tendo o sujeito passivo efetuado pagamentos com recursos não contabilizados, estes decorreram de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, não estando prevista no caso em questão a utilização de crédito fiscal, conforme pretendido pelo impugnante.

Saliento ser admissível prova em contrário, a ser apresentada pelo autuado, para descharacterizar a presunção, o que até o momento não ocorreu. Inclusive, no atendimento à diligência realizada pelo revisor da ASTEC, o contribuinte apresentou o seu livro Diário, que havia sido ajustado após a lavratura do Auto de Infração, de modo a transformar o saldo credor identificado durante a ação fiscal no montante de R\$ 15.706,76 para um saldo devedor de R\$ 3.869,44, sem, entretanto, oferecer os elementos que justificassem as modificações processadas. Este fato confirma o acerto da imposição fiscal, tendo em vista a diretriz contida no art. 143 do RPAF/99: *“A simples negativa do cometimento*

da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.”

Mantendo, portanto, a infração 01 integralmente.

Quanto ao lançamento correspondente à infração 02, ressalto que a exigência tributária tem previsão no art. 352-A, do RICMS/97, que transcrevo em seguida:

“Art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.”

Ressalto que no caso desta infração, considerando as alegações do autuado de que os dados utilizados no levantamento fiscal haviam sido colhidos através do Sistema SINTEGRA, o que lhe impossibilitara de exercitar o direito de defesa, no atendimento à diligência encaminhada pela 4ª JJF o autuante esclareceu que as notas fiscais em sua quase totalidade haviam sido arrecadadas junto ao próprio contribuinte, apontando, inclusive, nas cópias reprodutivas do livro Registro de Entradas os lançamentos correspondentes. Informou, ademais, ter intimado o autuado a reapresentar as notas fiscais, porém sem sucesso. O autuante acrescentou que dentre as notas fiscais arroladas no levantamento, em relação a quatro delas os dados correspondentes haviam sido coletados no SINTEGRA, deixando de anexá-las ao PAF.

Com base no acima exposto, entendo não assistir razão ao autuado ao pretender descaracterizar a imposição fiscal em referência às notas fiscais cujo lançamento em seus registros está comprovado. Ressalto, também, que o autuante anexou ao processo as cópias dos documentos de arrecadação referentes à antecipação tributária parcial realizada no período, além da relação correspondente, demonstrando que o tributo realmente não fora recolhido pelo impugnante. Considerando, ademais, que as referidas notas fiscais estão de posse do sujeito passivo, o mesmo não pode alegar ter ficado impossibilitado de provar as suas alegações nem tampouco arguir ausência de comprovação dos fatos por parte do autuante, pois de acordo com o art. 142, do RPAF/99, “*A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.*”.

Por outro lado, acato a argüição defensiva no que se refere à exclusão das Notas Fiscais de nºs. 15.049, 95.065, 31.778 e 31.896, haja vista restar comprovado que seus dados foram colhidos a partir das informações contidas nos sistemas da SEFAZ, procedimento que, no presente caso, não oferece nenhuma segurança quanto à real existência do fato gerador do tributo aqui exigido e que se refere à antecipação parcial do imposto, desde quando não constam dos autos as informações necessárias à caracterização do fato imponível.

Observo, no entanto que, por um lapso, o autuante, apesar de ter consignado nos Demonstrativos da Antecipação Parcial os dados concernentes às Notas Fiscais 31.778 e 31.896, deixou de lançar os débitos correspondentes no Auto de Infração. Deste modo, a infração 02 é parcialmente procedente, no valor de R\$ 5.783,47, conforme planilha que apresento em seguida, na qual estão suprimidos os valores do ICMS apurados em relação às Notas Fiscais 15.049 e 95.065, não constando os valores correspondentes às Notas Fiscais de nº.s 31.778 e 31.896, pelas razões já mencionadas.

| Mês de ocorrência | ICMS Julgado |
|-------------------|-----------------|
| 05/2004 | 554,33 |
| 08/2004 | 1.092,43 |
| 09/2004 | 1.859,96 |
| 10/2004 | 299,58 |
| 11/2004 | 429,93 |
| Total 2004 | 4.236,23 |

| | |
|-------------------|-----------------|
| 01/2005 | 84,59 |
| 02/2005 | 197,97 |
| 10/2005 | 403,29 |
| 11/2005 | 861,39 |
| Total 2005 | 1.547,24 |
| TOTAL | 5.783,47 |

Quanto à infração 03, vejo que as alegações defensivas têm pertinência, considerando que a exigência tributária teve por suporte os lançamentos a débito consignados livro Razão Analítico do autuado, sendo que, na realidade, conforme comprovam os documentos fiscais acostados às fls. 243 a 262, tais registros se referiram a transferências de mercadorias em decorrência de alteração de endereço do estabelecimento do sujeito passivo, situações que não geram incidência do ICMS, não existindo sequer desembolso por parte do impugnante, o que descaracteriza a imputação. Ademais, o revisor diligente da ASTEC na verificação realizada no estabelecimento do autuado, comprovou que as operações de saída em questão efetivamente se referiram às mencionadas transferências. Desta forma, a infração 03 é improcedente.

Considerando que se encontram anexados ao PAF quatro livros fiscais do contribuinte, após o processo ter tramitado em julgado na esfera administrativa, devem ser desentranhados dos autos, substituindo-os por cópias reprográficas das folhas que têm pertinência com o caso da lide, sendo entregues os originais ao autuado, mediante recibo.

Voto pela procedência parcial do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº. 299389.0003/06-6, lavrado contra **ALABAH DISTRIBUIDORA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 8.453,79, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 2.670,32 e de 60% sobre R\$ 5.783,47, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III e II, alínea “d” da Lei nº. 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, 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, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR