

A. I. N ° - 017464.0008/07-0
AUTUADO - SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.
AUTUANTE - BELANÍSIA MARIA AMARAL DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 19. 06. 2008

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-01/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. a) DIVERGÊNCIA ENTRE O IMPOSTO RECOLHIDO E O LANÇADO NO REGISTRO DE APURAÇÃO. **Infração comprovada. b)** DIVERGÊNCIA ENTRE OS DADOS CONSIGNADOS NO LIVRO DE SAÍDAS E AQUELES CONSTANTES EM DOCUMENTOS FISCAIS. **Infração caracterizada. 2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. **b)** MERCADORIAS NÃO SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e 1% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Comprovado o cometimento das irregularidades imputadas. **Infrações confirmadas. 3.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. **Infração reconhecida. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2007, foi efetuado o lançamento do ICMS no valor de R\$ 8.604,19 e aplicadas multas por descumprimento de obrigações acessórias, que resultaram no valor de R\$ 13.751,73, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconcontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de janeiro, fevereiro, julho, setembro e dezembro de 2005, além de abril e setembro de 2006, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 7.563,13, acrescido da multa de 60%, em conformidade com a auditoria da conta corrente;

02 – deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro a dezembro de 2005, janeiro a março e maio de 2006, sendo aplicada a multa de 10%, correspondente ao valor de R\$ 13.309,40. Consta que se refere a notas fiscais não entregues à fiscalização, que foram arrecadadas nos arquivos do Sistema CFAMT/SEFAZ, conforme planilha anexada aos autos;

03 - deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis, sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de fevereiro e maio a dezembro de 2005, além de maio de 2006, sendo aplicada a multa de 1%, no valor de R\$ 442,33. É informado que se refere a notas fiscais não apresentadas, que foram coletadas nos arquivos do Sistema CFAMT/SEFAZ, conforme planilha anexada ao processo;

04 – utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado em documento fiscal, com exigência do imposto no valor de R\$ 206,55, acrescido da multa de 60%. Consta que foi

lançado a mais o ICMS referente à Nota Fiscal nº 59.237, em decorrência da aplicação da alíquota de 17%, quando o documento fora emitido com a alíquota de 7%, conforme planilha juntada aos autos;

05 – recolheu a menos o ICMS em decorrência de desconhecimento entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, no mês de novembro de 2005, sendo exigido o imposto no valor de R\$ 834,51, acrescido da multa de 60%. Consta que se refere a lançamento a menos da Redução Z, conforme planilha acostada ao PAF.

O autuado, através de representante legalmente constituído, impugnou o lançamento tributário às fls. 252 a 258, enfatizando que a autuação decorreu de lamentável equívoco da autuante, passando a atacar cada uma das imposições tributárias.

Infração 01 – essa irregularidade inexistiu, considerando que a autuante não demonstrou a existência do alegado desconhecimento entre o imposto recolhido conforme levantamento do conta corrente fiscal e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Anexa às fls. 266 a 272 cópias reprográficas de páginas do referido livro, visando demonstrar que não ocorreu a alegada divergência, tornando a imputação improcedente.

Infração 02 – enfatiza que a constatação da existência de notas fiscais oriundas de postos fiscais ou arrecadadas em empresas fornecedoras, sem o devido registro na escrita fiscal, simplesmente indica a possibilidade de ilícito tributário, porém esse indício por si só não comprova a ocorrência do ilícito.

Utilizando-se da comparação entre os termos presunção e prova, feita pelo tributarista Roque Antonio Carrazza, aduz que a simples probabilidade perece diante da inexistência de idoneidade do fato conhecido. No caso em discussão, afirma se fazer necessário que o fisco comprove a efetiva entrada das mercadorias, como acontece no levantamento quantitativo de estoque, quando o levantamento correto produz prova inequívoca. Alega que a autuante não cuidou de efetuar o levantamento de estoque, mesmo estando de posse de todos os livros e documentos fiscais que lhe possibilitavam a realização desse tipo de auditoria.

Afirma que a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias e registradas no Sistema SINTEGRA, sem o registro na escrita fiscal não se constitui em prova da entrada das mercadorias no estabelecimento tido como destinatário, principalmente quando a acusação se torna presunção de ilícito tributário. Desse modo, entende que cabe ao Estado comprovar a existência da ocorrência que provocará a imposição tributária, isto é, provar o efetivo ingresso das mercadorias em seu estabelecimento. De forma contrária, se exigiria do contribuinte a produção de provas negativas, o que comprometeria o princípio da segurança jurídica, numa verdadeira inversão do ônus da prova, que neste caso é dever do fisco.

Assim, inexistindo nos autos as provas da efetiva entrada das mercadorias elencadas nas notas fiscais arroladas na autuação, não poderá ser exigido o tributo decorrente da presumida omissão de saídas ou referente à antecipação tributária dos produtos constantes nas notas fiscais em questão. Enfatiza que a prova da prática do ilícito não se presume, devendo ser provada pelo fisco a constituição do crédito tributário, de acordo com o ensinamento de Hugo de Brito Machado sobre o ônus da prova.

Realça que tendo as notas fiscais sido coletadas através do Sistema CFAMT, suas cópias deveriam ter sido apresentadas ao impugnante, desde quando não se referem a documentos que existam em sua contabilidade, para se evitar o cerceamento do seu direito de defesa. Argumenta que não pode se defender da acusação, desde quando não teve acesso às notas fiscais objeto do lançamento. Por conseguinte, pugna pela improcedência dessa infração.

Infração 03 – observa que os argumentos relativos ao item anterior também se aplicam a esta imposição, razão pela qual requer a sua improcedência.

Infração 04 – reconhece a prática da irregularidade, afirmando que providenciaria o pagamento do imposto exigido.

Infração 05 – alega que em conformidade com o transcrito inciso II do art. 18 do RPAF/99, ocorreu cerceamento ao seu direito de defesa, desde quando a autuante não procedeu à entrega da cópia da planilha citada na descrição da infração 05, o que implica de igual modo em ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, previsto no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal de 1988.

Destaca que existe também erro material, considerando que é impossível que na redução Z ocorram lançamentos a menor, já que a diferença se repetiria a partir do primeiro lançamento seguinte ao apontado com existência de desencontro com a redução Z auditada. Frisa que essa planilha não acompanhou o Auto de Infração.

Afirma que o alegado desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado inexistente, conforme prova a cópia reprográfica de página do livro Registro de Apuração do ICMS (fl. 273). Assim, entende que não há possibilidade de ser acolhida a presente autuação, à exceção do item já reconhecido.

Frisa que em decorrência de carecer de fundamentação jurídico-legal, o Auto de Infração deve ser julgado parcialmente improcedente.

A autuante prestou informação fiscal às fls. 277 a 279, salientando que os argumentos defensivos apenas visam inibir a fiscalização e procrastinar o prazo de pagamento do débito. Contesta as alegações apresentadas pelo contribuinte referentes aos itens da autuação que foram impugnados.

Infração 01 – as arguições do contribuinte não procedem, já que o lançamento se refere à diferença entre o ICMS recolhido e o apurado, conforme quadro demonstrativo que apresenta, no qual informa como realizou os cálculos e aponta as folhas dos autos onde se encontram as fontes que dão sustentação à exigência tributária. Assevera que, desse modo, o recolhimento a menos está comprovado.

Infrações 02 e 03 – estas exigências tratam da aplicação das multas de 10% (para mercadorias tributáveis) e 1% (para as não tributáveis), que não foram lançadas na escrita fiscal e não à cobrança do imposto relativo à antecipação tributária, conforme mencionada pela defesa.

Infração 05 – afirma que não procede a alegação de falta de apresentação da planilha correspondente, pois é fato notório que a autuante entrega as cópias das planilhas ao contribuinte, ocorrendo, às vezes, da entrega não se fazer acompanhar dos respectivos recibos, não havendo o que se questionar a respeito.

Contesta a arguição quanto à impossibilidade da redução Z ser lançada a menor, enfatizando que a cobrança se refere ao lançamento a menor do movimento do dia 09/11/2005, considerando que em relação a essa data não foram lançados no livro Registro de Saídas (fls. 105 a 107) os dados constantes do Mapa Resumo de ECF nº. 000.612 concernentes às leituras das reduções “Z” dos equipamentos ECF de nºs 03, 04 e 05. Salienta que o defendente não apresentou provas capazes de elidir a autuação.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente ou decretado revel.

Considerando que o sujeito passivo alegara não ter recebido as cópias das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, objeto do lançamento correspondente às infrações 02 e 03, assim como da planilha relativa à infração 05; considerando que não consta nos autos a comprovação de que os papéis de trabalho elaborados pela autuante tenham sido entregues ao contribuinte: esta 1ª JF, em pauta suplementar (fl. 282), deliberou pelo envio do processo à INFAZ Ilhéus, para que a Repartição Fazendária entregasse ao sujeito passivo, cópias reprográficas dos demonstrativos elaborados pela autuante, constantes às fls. 09 a 81, das notas fiscais que foram colhidas através

do Sistema CFAMT (fls. 111 a 214 e 235 a 249) que embasaram as infração 02 e 03, assim como do Termo de Diligência, devendo ser informado ao autuado quanto à reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que ele apresentasse nova impugnação, se assim o desejasse. Havendo manifestação do autuado, a autuante deveria prestar nova informação fiscal.

Através do Termo de Intimação de fl. 284, o autuado foi cientificado quanto à reabertura do prazo de defesa, ao tempo em que lhe foram entregues as cópias reprográficas dos documentos constantes às fls. 09 a 81, 111 a 214 e 235 a 249 dos autos.

O contribuinte, às fls. 287 a 291, apresentou manifestação a respeito do resultado da diligência, quando reiterou todos os termos das argumentações trazidas em sua peça defensiva, uma vez que os mesmos não sofreram impugnação relevante que importasse na decretação da subsistência do Auto de Infração. Ressalta ter ficado impossibilitado de se manifestar a respeito da diligência requerida pelo CONSEF, tendo em vista que muito embora tenha sido reaberto o seu prazo de defesa, não lhe foi dada a devida ciência dos termos da solicitação feita por este Conselho.

Alega que não tendo recebido a cópia do termo de diligência não sabe a que se refere o pedido. Observa que a repartição juntou alguns demonstrativos e notas fiscais supostamente arrecadadas perante os fornecedores, sem repassar maiores esclarecimentos acerca do que foi solicitado pelo relator do processo, dando conta dos motivos pelos quais se reabriu o prazo de defesa.

Salienta que tendo em vista que na autuação foram apuradas várias infrações que supostamente teriam sido praticadas pelo contribuinte e como o autuado promoveu a defesa da maioria dos itens da autuação, não sabe qual a razão da reabertura do prazo, nem se deveria se pronunciar a respeito de toda a autuação ou se deveria se defender tão somente a respeito de uma determinada infração, em relação à qual o CONSEF entendera que ocorrera cerceamento do direito de defesa.

Assim, como não sabe qual a razão da apresentação dos demonstrativos, postula a nulidade da intimação e da diligência realizada pela autuante, já que a falta de comunicação exata dos motivos desse procedimento conduz à constatação da impossibilidade de o autuado exercer o seu direito de defesa de forma plena e eficaz.

Aduz que, desse modo, se configura a nulidade, por ter ficado demonstrada a dificuldade de ser exercido o contraditório processual, em afronta aos princípios constitucionais de proteção dos direitos do cidadão. Transcreve os artigos 2º, 18, § 1º e 108 do RPAF/99, com destaque para os trechos que versam sobre a necessidade de se garantir o direito da ampla defesa, sobre o fornecimento ao autuado das cópias dos novos elementos e da necessidade de se provar a entrega da comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente.

Daí depreende que o RPAF exige que o sujeito passivo seja cientificado a respeito das decisões e despachos dos órgãos julgadores que motivaram a realização de diligência, para que possa oferecer a sua defesa da forma mais ampla e efetiva. Essa ausência impossibilitou qualquer manifestação do impugnante, o que deve gerar a decretação da nulidade do ato processual, a teor do que dispõe o transcrito art. 18, inciso II do RPAF/99.

A autuante se manifestou à fl. 294, argumentando que nada tem a acrescentar à informação fiscal apresentada anteriormente, tendo em vista que o autuado apenas reitera os termos da defesa e tece comentários alegando a impossibilidade de se manifestar a respeito da diligência requerida pelo CONSEF, com base em dispositivos do RPAF/99.

Sugere que o Auto de Infração seja julgado procedente ou decretado revel.

Considerando que o sujeito passivo alegara não ter recebido a cópia do Termo de Diligência, argumentando que por esse motivo não saberia qual a razão da reabertura do prazo de defesa, nem se deveria se pronunciar a respeito de toda a autuação ou se defender apenas a respeito de uma determinada infração, salientando que essa falta implicava em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa; considerando que no Termo de Intimação (fl. 284) não consta que

tivesse sido entregue ao contribuinte uma cópia reprográfica do pedido de diligência encaminhado por este Conselho: esta 1ª JF, em pauta suplementar (fl. 297), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFAZ Ilhéus, para que fosse entregue ao sujeito passivo, cópia reprográfica do Termo de Diligência, bem como do termo anterior, devendo ser concedido ao autuado o prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência à autuante.

Conforme se verifica às fls. 299/300, o autuado recebeu as cópias dos termos de diligência constantes às fls. 282 e 297, quando foi concedido o prazo de 10 (dez) dias, não constando dos autos, entretanto, nenhuma manifestação a respeito.

VOTO

Ressalto, inicialmente, que tendo o impugnante argüido a existência do cerceamento ao direito da ampla defesa, sob a alegação de que não tinha recebido as cópias das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT/Sefaz e de planilha elaborada pela autuante, bem como por ter sido verificado que inexistia nos autos a comprovação relativa à entrega dos elementos produzidos pela fiscalização, o processo foi convertido em diligência à Repartição Fiscal de origem, para que os documentos em referência fossem fornecidos ao contribuinte, sendo determinada a reabertura do seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Deste modo, com a entrega das cópias dos demonstrativos e dos documentos fiscais, foi possibilitado ao autuado o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, restando afastadas as arguições nesse sentido.

Tendo sido alegado posteriormente pelo autuado de que não recebera a cópia do pedido de diligência, mais uma vez o processo foi diligenciado, visando à complementação dos procedimentos determinados na diligência. Noto que a despeito de o impugnante ter argumentado novamente que tivera seu direito à ampla defesa cerceado e que o princípio do devido processo legal fora violado, as medidas adotadas pela repartição fazendária em atendimento às diligências sugeridas por este órgão julgador sanaram as pendências apontados pelo sujeito passivo. Assim, afasto as alegações defensivas sobre a suposta ocorrência de equívocos e irregularidades no levantamento conduzido pela fiscalização, haja vista que tais assertivas não se fizeram acompanhar de provas materiais em seu favor.

Acrescento que o procedimento fiscal atende às determinações previstas no art. 39 do RPAF/99, haja vista que as infrações foram descritas de forma clara, tendo sido determinados, com segurança, as infrações e o infrator. Ademais, foram elaborados e acostados ao processo, os demonstrativos para determinação do débito referente a cada infração, com identificação dos respectivos documentos de origem, correspondentes aos períodos de ocorrência dos fatos geradores que foram objeto deste lançamento.

A infração 01 se originou da constatação do contribuinte ter recolhido ICMS a menos, como resultado do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS. Observo que a verificação foi realizada com base na comprovação da existência das diferenças, conforme dados constantes do citado livro, cujas cópias reprográficas estão acostadas às fls. 84, 86, 88, 90, 92, 218 e 216 e das relações de DAES extraídas do Sistema INC/SEFAZ (fls. 94, 95, 100, 101, 221, 223 e 225). Já os resumos relativos às apurações se encontram demonstrados às fls. 27 (exercício de 2005) e 61 (exercício de 2006).

Deste modo, essa infração restou plenamente caracterizada.

Vejo que no caso das infrações 02 e 03, foram aplicadas as respectivas multas de 10% e 1%, devido à falta de registro da entrada no estabelecimento, tratando-se, no primeiro caso, de mercadorias sujeitas a tributação, enquanto que a outra imputação correspondeu a mercadorias não tributáveis. Observo que o lançamento se originou do resultado da análise de notas fiscais resgatadas junto ao

Sistema CFAMT, estando todos esses elementos apontados nas planilhas anexadas às fls. 29 a 32 (exercício de 2005) e 63 (exercício de 2006).

Observo que o impugnante manifestou o entendimento de que no caso aqui analisado não caberia a presunção de omissão de saídas anteriores, decorrente da falta de registro na escrita fiscal das notas fiscais coletadas nos postos fiscais, nem tampouco a exigência do ICMS relativo à antecipação tributária. No entanto, de forma diversa, a fiscalização optou por aplicar as penalidades cabíveis à falta de lançamento dos referidos documentos no livro Registro de Entradas do contribuinte, não havendo o que se falar na aplicação da presunção no caso aqui em discussão.

No que diz respeito à afirmação do autuado de que a simples existência de notas fiscais arrecadadas pela fiscalização não prova a entrada das mercadorias em seu estabelecimento, ressalto que os documentos fiscais objeto desta infração foram todos emitidos por empresas regularmente cadastradas nas unidades fazendárias de origem, tendo como destinatário o sujeito passivo e por serem contratos mercantis, são válidas como prova de circulação no território nacional e do respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário, o que não foi feito pelo impugnante, pois não foram apresentados elementos que invalidassem os documentos fiscais em questão. Ressalto, ademais, que a maioria desses documentos se referiram a vendas a prazo e que em muitos casos os responsáveis pelo transporte das mercadorias foram os próprios fornecedores, o que consiste em outras provas do vínculo comercial entre o autuado e os emitentes das notas fiscais. Acrescento que a despeito das cópias das notas fiscais objeto destas duas infrações terem sido entregues ao contribuinte mediante diligência, não foi trazida aos autos nenhuma argumentação ou prova que pudesse elidir as imputações.

Deste modo, mantenho na íntegra as infrações 02 e 03.

A exigência relativa à infração 04 se originou na constatação de utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado Nota Fiscal nº. 59.237 (fl. 233), conforme se vê no demonstrativo acostado à fl. 72. Verifico, inclusive, que o autuado reconheceu a prática do ilícito apontado, indicando que estaria efetuando o pagamento do débito correspondente. Desta forma, esta infração é procedente.

No que se refere à infração 05, que versa sobre o recolhimento a menos do ICMS em decorrência de divergências entre os dados constantes em documentos fiscais e aqueles consignados no livro Registro de Apuração do ICMS, observo que na realidade o lançamento se originou da falta de lançamento no livro Registro de Saídas dos dados concernentes a cupons fiscais emitidos no dia 09/11/2005. Noto que a apuração foi realizada de forma acertada, estando fundamentada em documentação acostada aos autos, coletada junto ao próprio contribuinte. Na referida data não foram lançados no livro Registro de Saídas (fl. 106) os dados constantes do Mapa Resumo de ECF nº. 000.612 (fl. 109), que registram as leituras das reduções “Z” dos equipamentos ECF de nº.s 03, 04 e 05. Os cálculos pertinentes se encontram demonstrados à fl. 35 dos autos.

Assim, esta infração resta totalmente caracterizada.

Ante o exposto, voto pela procedência do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **017464.0008/07-0**, lavrado contra **SUPERMERCADOS RONDELLI LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.604,19**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, incisos II, alínea “b” e VII, alínea “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais, bem como das multas decorrentes de descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$13.751,73**, previstas

nos incisos IX e XI do artigo e Lei acima citados, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº. 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de junho de 2008.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – JULGADOR