

A. I. N° - 300766.0060/09-8
AUTUADO - ANTÔNIO O. DOS SANTOS FRIOS E CEREAIS
AUTUANTE - LUCIMAR RODRIGUES MOTA
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 21/12/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0390-03/09

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a existência de saldo credor de Caixa, situação em que a lei autoriza a presunção de que os valores apurados decorrem de operações tributáveis não contabilizadas (Lei n° 7.014/96, art. 4º, § 4º). **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **a)** MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO. Fatos demonstrados nos autos. **3.** CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. CRÉDITO RELATIVO A MERCADORIA ADQUIRIDA COM PAGAMENTO DO IMPOSTO POR SUBSTITUIÇÃO. O art. 356 do RICMS prevê que, uma vez efetuado o pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subseqüentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Essa vedação não implica ofensa à regra da não-cumulatividade, pois o contribuinte utilizou esse crédito quando apurou e recolheu o imposto devido por antecipação, conforme prevê o art. 357, de modo que, ao lançar o mesmo crédito na escrita fiscal, isso implica utilização do crédito em duplicidade, e é essa duplicidade de crédito que o art. 356 veda. Não acatada a preliminar de cerceamento de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 19/6/09, diz respeito aos seguintes fatos:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 32.117,07, com multa de 70%;
2. falta de recolhimento de ICMS por antecipação, relativamente a aquisições interestaduais de mercadorias “relacionadas nos anexos 88 e 89” [leia-se: mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, nos termos do art. 353 do RICMS], sendo lançado imposto no valor de R\$ 11.249,75, com multa de 60%;
3. falta de recolhimento de ICMS a título de antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, sendo lançado imposto no valor de R\$ 21.439,35, com multa de 60%;

4. utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (açúcar), sendo glosado crédito no valor de R\$ 3.132,07, com multa de 60%.

O autuado defendeu-se aludindo, em tese, ao direito a ampla defesa. Alega que no processo fiscal o autor é o fisco, a quem cabe o ônus da prova. Assinala que seria um absurdo concordar com o levantamento das infrações sem o direito de examinar e confrontar os papéis de trabalho “que deram origem à infração”. Alude à doutrina acerca dos princípios do contraditório e da ampla defesa, aduzindo que, estribado nesse binômio, contraditório e ampla defesa, não tem condições de apreciar, analisar e confrontar as infrações, porque: *a)* na infração 1ª, não foi juntada cópia do livro Caixa referente ao ano de 2007; *b)* na infração 2ª, não foram juntadas as Notas Fiscais do regime de substituição tributária para provar a falta de recolhimento antecipado; *c)* na infração 3ª, não foram apensadas as Notas Fiscais da “diferença de alíquota” das aquisições de outros Estados onde conste a diferença de alíquota de 5% ou 10%; *d)* na infração 4ª, a fiscalização alega que houve uso abusivo de crédito fiscal com mercadorias já tributadas na fonte, apontando o caso de açúcar. Reclama que houve cerceamento de defesa, provado pelo histórico da infração. Alega que a fiscalização impossibilitou, dificultou, embaraçou e inibiu a empresa de examinar e averiguar a escrituração fiscal, os lançamentos nas entradas e saídas e o uso de crédito indevido nas informações e escrituração. Pede que este Conselho examine o Auto de Infração e junte cópia com ausência das provas que deram origem à infração; que determine a abertura de novo prazo, com a juntada das provas para a empresa examinar e processar a defesa; e que, em obediência ao Regulamento de Processo de Administração Tributária [Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), aprovado pelo Decreto nº 7.629/99], sejam juntados demonstrativo e provas, como prevê o legislador. Anexou cópia do Auto de Infração e planilhas, ressaltando que deixou de acostar cópias das Notas Fiscais. Adverte que o ônus da prova cabe ao autor, conforme prevê o Código de Processo Civil.

A auditora responsável pelo lançamento prestou informação dizendo que, quanto à reclamação da defesa a respeito da cópia do livro Caixa, havia tirado cópias do referido livro, no total de 295 folhas, incluindo o termo de encerramento, porém esqueceu de juntá-las ao processo. Aduz que as cópias dizem respeito ao livro Caixa nº 1, de 2007. Observa que as cópias foram anexadas à informação. Isto com relação à 1ª infração.

Quanto às infrações 2ª e 3ª, a auditora diz que não forneceu cópias das Notas Fiscais ao contribuinte porque as cópias juntadas ao processo foram extraídas das 1ªs vias (originais) em poder do autuado, e todas as vias originais, bem como todos os livros e documentos fiscais e contábeis apresentados para fiscalização foram devolvidos ao autuado, conforme instrumento anexo à informação.

Relativamente ao item 4º, a auditora nega que tivesse havido abuso de qualquer gênero e espécie, salientando que sua atividade é vinculada à lei. Explica que o contribuinte utilizou como crédito o ICMS destacado nas Notas Fiscais 235856 e 236937 da Coop. Reg. Prod. de Açúcar e Alcool de Alagoas, cujas 1ªs vias se encontram arquivadas na escrita do contribuinte. Comenta que se trata de uso indevido de crédito fiscal por ter o crédito já sido utilizado pelo contribuinte quando apurou e recolheu o ICMS devido por antecipação.

Finaliza dizendo que retificou o valor do imposto atinente ao item 1º por constatar que por engano havia concedido crédito presumido equivalente a 9% [*sic*] do imposto “reclamado”, porém tal crédito é específico para contribuintes do SimBahia, e o autuado sempre foi inscrito na condição de normal. Desse modo, o montante do imposto do item 1º deste Auto passaria a ser de R\$ 68.248,78.

Propõe que seja reaberto o prazo de defesa.

O órgão preparador deu ciência da informação fiscal ao sujeito passivo, concedendo o prazo de 30 dias para sua manifestação.

O autuado não se pronunciou.

VOTO

O autuado reclama que teria havido cerceamento de defesa. Alega que seria um absurdo concordar com o levantamento das infrações sem o direito de examinar e confrontar os papéis de trabalho. Tal alegação seria eficaz se os papéis de trabalho não lhe tivessem sido entregues. No entanto, embora a auditora não tivesse tomado “recibo” da entrega dos demonstrativos fiscais ao autuado, este juntou à defesa cópias de todos os demonstrativos, suprimindo desse modo o descuido da nobre auditora.

Com relação ao item 1º, o autuado reclamou que não foi juntada cópia do livro Caixa referente ao ano de 2007. A auditora, ao prestar a informação, reconheceu a falta de anexação das cópias do aludido livro. Que esses elementos devam integrar o processo, não há dúvida, porém não há necessidade de fornecer cópia ao autuado, pois se trata de cópia de um livro que se encontra em seu poder. O fato está demonstrado nos autos. A conta Caixa, por integrar o Ativo, deve ter sempre saldos devedores. Quando apresenta saldos credores, diz-se, no jargão contábil, que houve “estouro” de Caixa, ficando evidente que a empresa efetuou pagamentos com recursos não contabilizados. Esses recursos, até prova em contrário, presumem-se decorrentes de operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas (Lei nº 7.014/96, art. 4º, § 4º).

No tocante aos itens 2º e 3º, o autuado alega que não recebeu cópias das Notas Fiscais. Na informação, a auditora rebateu dizendo que não forneceu cópias das Notas Fiscais ao contribuinte porque as cópias juntadas ao processo foram extraídas das 1^{as} vias (originais) em poder do autuado, e todas as vias originais, bem como todos os livros e documentos fiscais e contábeis apresentados para fiscalização foram devolvidos ao autuado, conforme instrumento anexo à informação.

Realmente, nos termos do art. 46 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), só há necessidade de fornecer cópia ao autuado em se tratando de elementos obtidos em poder de terceiros. Documentos dos quais o contribuinte já dispõe não precisam ser entregues.

Quanto à alegação de cerceamento de defesa no caso do item 4º, considero clara a imputação feita no Auto: utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a mercadorias adquiridas com pagamento do imposto por substituição tributária (açúcar). Açúcar integra o rol das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação: art. 353, inciso II, item 12. O art. 356 do RICMS prevê que, uma vez efetuado o pagamento do imposto por antecipação ou substituição tributária, ficam desoneradas de tributação as operações internas subsequentes com as mesmas mercadorias, sendo, por conseguinte, vedada, a utilização do crédito fiscal pelo adquirente. Essa vedação não implica ofensa à regra da não-cumulatividade, pois, conforme observou a auditora na informação prestada, o contribuinte utilizou esse crédito quando apurou e recolheu o imposto devido por antecipação, conforme prevê o art. 357, de modo que, ao lançar o mesmo crédito na escrita fiscal, isso implica utilização do crédito em duplicidade, e é essa duplicidade de crédito que o art. 356 veda. A infração portanto está caracterizada.

Há por fim a questão da retificação do valor do imposto atinente ao item 1º. A auditora justificou-se dizendo que por engano havia concedido crédito presumido equivalente a 9% [sic] do imposto “reclamado”, porém tal crédito é específico para contribuintes do SimBahia, e o autuado sempre foi inscrito na condição de normal. Desse modo, o montante do imposto do item 1º deste Auto passaria a ser de R\$ 68.248,78. Propôs que fosse reaberto o prazo de defesa.

A auditora incorreu em dois equívocos. Concedeu crédito previsto para o caso de lançamento envolvendo contribuinte inscrito no SimBahia, sem que o autuado preenchesse esse requisito. Além disso, o crédito presumido foi de 9%, ao passo que a legislação previa que o crédito seria de 8%.

O art. 156 do RPAF não admite que no julgamento haja agravação da imputação. Mantenho por isso o lançamento, recomendando que, mediante nova ação fiscal, seja apurada a diferença lançada a menos. É evidente que se o contribuinte, antes do início de nova ação fiscal, solucionar a pendência, inclusive mediante denúncia espontânea, se exime de sanções.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **300766.0060/09-8**, lavrado contra **ANTÔNIO O. DOS SANTOS FRIOS E CEREAIS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 67.938,24**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 35.821,17 e de 70% sobre R\$ 32.117,07, previstas no art. 42, incisos II, “f”, VII, “a”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de dezembro de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA – JULGADORA