

A. I. Nº - 206905.0015/08-5
AUTUADO - GLOBAL AG AGROPECUÁRIA DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - MARIA IRACI BARROS DE SÁ TELES
ORIGEM - INFRAZ BARREIRAS
INTERNET - 06/04/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0065-03/10

EMENTA: ICMS. 1. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA O ATIVO FIXO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS COM FASE DE TRIBUTAÇÃO ENCERRADA. Autuado não contestou. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. A diferença das quantidades de entradas superior ao das saídas, apuradas mediante levantamento quantitativo de estoques, indica que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração comprovada. 4. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. FALTA DE EXIBIÇÃO DO DOCUMENTO COMPROBATÓRIO DO DIREITO AO CRÉDITO. Não é permitido utilizar crédito fiscal de ICMS sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso, sendo vedado creditar-se do imposto mediante segunda via e cópia do documento fiscal correspondente ao crédito. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 08/12/2008, refere-se à exigência de R\$113.018,06 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$24.851,45, em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01: Falta de recolhimento do ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento, nos meses de julho de 2006 e maio de 2007. Valor do débito: R\$3.991,99.

Infração 02: Deu entrada no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal, sendo exigida a multa no valor total de R\$24.851,45.

Infração 03: Falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entrada, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque no exercício de 2007. Valor do débito: R\$50.593,75.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do referido crédito, nos meses de fevereiro, outubro e dezembro de 2007. Valor do débito: R\$58.432,32.

O autuado apresentou impugnação (fls. 606 a 630), reconhecendo a procedência das infrações 01 e 02, informando que providenciou o pagamento dos valores exigidos. Discorda do lançamento em relação às infrações 03 e 04. Apresenta preliminar de nulidade quanto à infração 03, alegando que houve cerceamento do direito de defesa, na medida em que o Auto de Infração se limita a acusar omissão de entradas e de saídas sem indicar os elementos que suportariam a existência de tais omissões, nem a composição dos valores considerados omitidos para que o impugnante pudesse exercer seu direito de defesa. O defensor alega que após analisar todo o auto de infração não localizou qualquer elemento decorrente do levantamento que teria sido realizado, e que a fiscalização não apresentou qualquer demonstrativo que suporte os valores considerados a título de omissão de entradas e de saídas, e este erro viola o disposto no § 4º, inciso II do art. 28, do RPAF/BA. Comenta sobre o ato administrativo de lançamento, o direito à ampla defesa, que rege o processo administrativo fiscal e transcreve o art. 18, inciso II do RPAF e ementa de um Acórdão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela nulidade do Auto de Infração por falta de entrega ao sujeito passivo de cópias de elementos substanciais em que se baseou a autuação. No mérito, o defensor alega que o art. 60 do RICMS/97 prevê a forma de cálculo do ICMS quando se apura omissão de entradas, ficando caracterizada a existência de receita oculta empregada no pagamento de tais entradas. Entende que se trata de requisitos cumulativos para caracterizar a presunção de omissão de saídas, e a fiscalização não atendeu ao requisito estabelecido na legislação, porque não comprovou que o autuado tivesse empregado nas aquisições das mercadorias objeto das entradas omitidas, receita decorrente das operações anteriores que não teria oferecido à tributação. Assim, o defensor alega ilegitimidade do lançamento com base exclusivamente em presunção, por entender que cabe à fiscalização comprovar a infração apontada como exige o princípio da verdade material e não presumir simplesmente. Comenta sobre ensinamentos de Alberto Xavier, concluindo que é improcedente a exigência fiscal deste item da autuação por basear-se em mera presunção.

Quanto à infração 04, o defensor reconhece que durante o procedimento fiscal não apresentou as primeiras vias das notas fiscais em razão de seu extravio. Diz que apesar de não possuir as primeiras vias, sugeriu à fiscalização apresentar da segunda via, que poderia ser obtida com a empresa remetente das mercadorias, o que não foi aceito. Informa que está acostando aos autos as segundas vias de algumas notas fiscais para demonstrar a realização das operações, esclarecendo que o remetente não enviou em tempo hábil todas as notas fiscais e que, tão logo a documentação remanescente lhe seja disponibilizada, será acostada aos autos. Entende que o simples extravio da primeira via das notas fiscais em questão não tem o condão de afastar o princípio da não cumulatividade, se comprovado o direito ao crédito fiscal.. Assegura que as operações realizadas com essas notas fiscais se referem a mercadorias sujeitas à incidência do ICMS e as mercadorias foram entregues em seu estabelecimento acompanhadas da documentação pertinente. Transcreve os arts. 91 e 92 do RICMS/BA e diz que a fiscalização não pode proceder diretamente ao lançamento de ofício sem tentar investigar quais foram os fatos efetivamente ocorridos, inclusive por meio de diligências. Comenta sobre o princípio da verdade material, citando ensinamentos de Marcos Vinícius Neder, Maria Tereza Martinez López e Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas. Por fim, reitera o reconhecimento da procedência das infrações 01 e 02; pede que seja acolhida a preliminar de nulidade da infração 03 e no mérito, que seja julgadas improcedentes as infrações 03 e 04.

O autuado requereu às fls. 674/675, juntada da documentação remanescente da infração 04, correspondente às segundas vias de notas fiscais fornecidas pela empresa SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA.

A autuante, em sua informação fiscal às fls. 693 a 695 dos autos, recebeu e assinou o comprovante de recebimento de todos os :

conforme documento de fl. 672 tendo recebido os anexos ao Auto de Infração inclusive em meio magnético. Salienta que o Levantamento Quantitativo de Estoque (exercício fechado) se encontra às folhas 546 a 553 do processo, e que não há como alegar cerceamento de defesa quanto a esta infração.

Em relação à infração 04, diz que à fl. 591 do presente processo, o contabilista do contribuinte informou que as notas fiscais se encontravam em São Paulo e que iria solicitar fax para apresentar à fiscalização e, posteriormente entregaria os originais. O fax não chegou, motivo pelo qual os créditos foram glosados e o ICMS lançado no Auto de Infração. Transcreve os arts. 91, 92, 146, 204 e 226 do RICMS/BA. Salienta que o contribuinte não fez nenhuma comunicação a Inspeção Fazendária sobre o extravio dos documentos fiscais, mesmo após ter sido intimado para apresentá-los; que a 2.ª via das notas fiscais da SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA, apresentadas pelo contribuinte não cumprem requisitos de RICMS, tais como destinação das vias e comunicação de extravio; cabe ao contribuinte e não ao fisco comprovar o montante da operação realizada com a SYNGENTA e que as vias dos documentos fiscais para serem substituíveis carecem do atendimento ao disposto no artigo 204 do RICMS/BA; que deve ficar esclarecido que o contribuinte não apresentou nem mesmo a segunda via das seguintes notas fiscais da SYNGENTA: 377414, 378290, 378292, 378363. Mantém a exigência fiscal da infração 04 e finaliza pedindo a procedência do presente Auto de Infração.

À fl. 701 esta 3^a Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência à Inspeção Fazendária de origem, para intimar o autuado e lhe fornecer cópias do levantamento fiscal, às folhas 546 a 553 do PAF, mediante recibo assinado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o defensor se manifestar, querendo, reabrindo o prazo de defesa. Sendo apresentada nova impugnação, o PAF ser encaminhado para a autuante prestar informação fiscal acerca das alegações defensivas.

Intimado da reabertura do prazo de defesa, o contribuinte apresentou nova impugnação ao lançamento, conforme fls. 711 a 724, informando que em relação às infrações 01 e 02 reconheceu a sua procedência e já efetuou o pagamento dos valores exigidos. Quanto à infração 03, alega que a autuação não merece prosperar, por entender que existe impossibilidade de exigência do ICMS com base em presunção legal de omissão de saídas, porque esta presunção somente pode ser imputada quando restar caracterizada a existência de receita oculta no pagamento de entradas supostamente omitidas.

Quanto à infração 04, o defensor diz que não houve argumentos novos pela fiscalização, por isso, reitera as alegações apresentadas na primeira impugnação, no sentido de que comprovou com documentação idônea o direito ao crédito de ICMS relativo às aquisições de mercadorias da empresa SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA.

O defensor volta a se manifestar sobre a infração 03, citando o art. 60 do RICMS/97, dizendo que a comprovação da receita decorrente de operações anteriores que não teriam sido oferecidas à tributação é fundamental para a caracterização da presunção pretendida, e no presente caso existe mera alegação da fiscalização. Cita o art. 150, inciso I da Constituição Federal e art. 97 do Código Tributário Nacional. Fala sobre a ilegitimidade do lançamento com base exclusivamente em presunção, e diz que à fiscalização cabe comprovar a infração apontada, como exige o princípio da verdade material. Finaliza requerendo a improcedência das infrações 03 e 04.

Em nova informação fiscal prestada às fls. 727 a 729 dos autos, a autuante diz que o contribuinte concorda com as infrações 01 e 02. Quanto à infração 03, diz que em relação ao argumento defensivo de que houve cerceamento de defesa e falta de comprovação da omissão de entrada e de saída de mercadorias, esclarece que o contribuinte recebeu e assinou comprovante de recebimento de todos os anexos ao Auto de Infração, conforme se pode verificar em documento à folha 672 do PAF, inclusive em meio magnético. Salienta que o estoque (exercício fechado) se encontra às folhas 546 a 553 do pres

verificar no levantamento fiscal, foi apurada omissão de saída e de entrada de mercadorias sem notas fiscais, lançando-se o ICMS pelo valor maior, conforme planilha à folha 46 dos autos.

Quanto à infração 04 esclarece que de acordo com o documento à fl. 591 do PAF, o contabilista do contribuinte informou que as notas fiscais se encontravam em São Paulo e que iria solicitar fax para apresentar à fiscalização e, posteriormente, entregaria os originais. Os fax não chegaram, motivo pelo qual os créditos foram glosados e o ICMS lançado no presente Auto de Infração. Cita os arts. 91, 92, 146, 204 e 226 do RICMS/97 e assegura que o contribuinte não fez nenhuma comunicação a Inspetoria Fazendária sobre o extravio dos documentos fiscais, mesmo após ter sido intimado para apresentá-los; que a 2.ª via das notas fiscais da SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA, apresentadas pelo contribuinte não cumprem requisitos de RICMS, tais como destinação das vias e comunicação de extravio, e que as vias dos documentos fiscais para serem substituíveis carecem do atendimento ao disposto no artigo 204 do RICMS. Esclarece, ainda, que o contribuinte não apresentou nem mesmo a segunda via das seguintes notas fiscais da SYNGENTA: 377414, 378290, 378292, 378363. Finaliza, pedindo a procedência do presente Auto de Infração, mantendo as demais informações fiscais já prestadas anteriormente.

VOTO

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal.

O autuado alegou, em relação à infração 03, que houve cerceamento do direito de defesa, afirmando que o Auto de Infração se limita a acusar omissão de entradas e de saídas sem indicar os elementos que suportariam a existência de tais omissões, nem a composição dos valores considerados omitidos para que o impugnante pudesse exercer seu direito de defesa. Entretanto, não assiste razão ao defendant, haja vista que constam nos autos os demonstrativos de fls. 546 a 553, comprovando a diferença apurada, que resultou na exigência do imposto objeto da terceira infração, tendo sido fornecidas ao defendant, cópias dos mencionados demonstrativos conforme documentos às fls. 672 e 708 dos autos, com reabertura do prazo de defesa.

Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para se determinar a nulidade do presente lançamento.

No mérito, o autuado impugnou somente as infrações 03 e 04, tendo informado nas razões de defesa que reconhece a procedência das exigências fiscais consubstanciadas nos itens 01 e 02, pelo que, já efetuou o recolhimento do imposto apurado nestas infrações, conforme extrato SIGAT à fl. 732 do presente processo. Assim, considero procedentes os itens não contestados, haja vista que não existe controvérsia.

A infração 3 é decorrente de levantamento quantitativo de estoques, referente ao exercício de 2007, sendo apuradas diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, e exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária, a das operações de entradas.

Em sua impugnação, o autuado não alegou inconsistências no levantamento fiscal, haja vista que apenas argumentou que a fiscalização não atendeu ao requisito estabelecido na legislação, entendendo que não houve a comprovação de que o autuado tivesse empregado nas aquisições das mercadorias objeto das entradas omitidas, receita decorrente das operações anteriores que não teria oferecido à tributação. Assim, o defendant alega ilegitimidade do lançamento com base exclusivamente em presunção, afirmando que cabe à fiscalização comprovar a infração apontada como exige o princípio da verdade material.

Observo que na realização de levantamento quantitativo de quantidades de entradas e saídas de mercadorias do estabelecime

tendo como referência o estoque inicial e o estoque final constantes do inventário, e sendo constatado que houve omissão de saídas ou de entradas, são apurados os preços médios, e encontrada a base de cálculo para se determinar imposto devido.

No caso em exame, de acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 546 a 553 dos autos, foram constatadas diferenças tanto de entradas como de saídas no mesmo exercício, e nesse caso, a tributação deve recair sobre a diferença de maior expressão monetária, a das entradas, com base na previsão legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência daquelas operações sem o pagamento do imposto, conforme art. 13, inciso II, da Portaria 445/98.

Não acato as alegações defensivas, haja vista que se trata de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, devendo o impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento. Infração subsistente.

Infração 04: Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS sem a apresentação do competente documento comprobatório do referido crédito, nos meses de fevereiro, outubro e dezembro de 2007.

O autuado alega que durante o procedimento fiscal não apresentou as primeiras vias das notas fiscais em razão de seu extravio. Diz que apesar de não possuir as primeira vias, sugeriu à fiscalização a apresentação da segunda via, que poderia ser obtida com a empresa remetente das mercadorias, o que não foi aceito. Acostou aos autos cópias das segundas vias das notas fiscais para demonstrar a realização das operações.

Conforme estabelece o art. 204 do RICMS/BA, “as diversas vias dos documentos fiscais não se substituirão em suas respectivas funções, salvo em caso de extravio, hipótese em que deverá ser feita imediata comunicação à repartição fazendária”. No caso em exame, o autuado alegou que sugeriu à fiscalização apresentar da segunda via, que poderia ser obtido com a empresa remetente das mercadorias, o que não foi aceito. Portanto, não houve qualquer comprovação de extravio das primeiras vias dos documentos fiscais, e como salientou a autuante na informação fiscal, o contribuinte não fez nenhuma comunicação à Inspetoria Fazendária sobre o extravio dos documentos fiscais, mesmo após ter sido intimado para apresentá-los. Ademais, a legislação veda a utilização de crédito fiscal em face de cópia de documento ou de qualquer de suas vias que não a primeira, exceto no caso de extravio, cuja ocorrência seja comprovada pelo contribuinte, consoante o previsto no art. 97, IX do RICMS/97:

Art. 97. É vedado ao contribuinte, ressalvadas as disposições expressas de manutenção de crédito, creditar-se do imposto relativo à aquisição ou à entrada, real ou simbólica, de mercadorias no estabelecimento, bem como aos serviços tomados:

...

IX - em face de cópia de documento fiscal ou de qualquer de suas vias que não a primeira, ressalvada a hipótese de documento perdido, extraviado ou desaparecido, caso em que a admissão do crédito é condicionada à comprovação da ocorrência, por parte do contribuinte;

Concluo pela subsistência desta infração, não acatando a alegação defensiva, tendo em vista que não é permitida a utilização de crédito fiscal sem o correspondente documento comprobatório do direito ao uso, sendo vedado creditar-se do ICMS mediante segun fiscal correspondente ao crédito.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206905.0015/08-5, lavrado contra **GLOBAL AG AGROPECUÁRIA DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$113.018,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$62.424,31 e 70% sobre R\$50.593,75, previstas no art. 42, II, “f”; VII, “a” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$24.851,45**, previstas no art. 42, XI, da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de março de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR