

PROCESSO - A. I. Nº 232889.0103/09-7
RECORRENTE - ÓTICA DINIZ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5º JJF nº 0228-05/10
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 18/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0038-11/11

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Infração procedente. Negado o pedido de diligência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão JJF nº 0228-05/10, que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações, abaixo descritas, sendo objeto do presente Recurso a imputação titulada 3.

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior relacionadas nos anexos 88 e 89. No período fiscalizado de janeiro/2004 até fevereiro/2008, o contribuinte estava sujeito a Substituição por Antecipação. ICMS no valor de R\$ 5.588,78 e multa de 60%;
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1% no valor de R\$ 250,68;
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Exercício de 2008 - meses de março a dezembro, sendo exigido ICMS no valor R\$ 18.439,12, acrescido da multa de 70%;
4. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10% no valor de R\$ 10.846,50.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente indeferiu o pedido de diligência formulado pela defesa, por entender desnecessária, visto que nos cálculos efetuados na infração 1 foram considerados, pela fiscalização, os créditos fiscais destacados nas notas objeto da autuação (planilha de fls. 49/50 e cópias das notas fiscais, fls. 55 a 74 do PAF).

No mérito, a JJF manteve parcialmente as exigências fiscais, com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

“No mérito, na infração 1 está sendo exigido ICMS referente à falta de recolhimento por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação relacionadas no anexo 88 do RICMS/97, no período de janeiro de 2004 a fevereiro de 2008.

As notas fiscais que deram origem à infração foram anexadas pelo autuante, fls. 55 a 74 do PAF. e estão listadas no Anexo 01, fls. 49/50, onde está demonstrado que os valores dos créditos fiscais foram considerados e abatidos para o cálculo do imposto ora exigido.

O autuado em sua peça de defesa não apresentou a comprovação de que o ICMS teria sido recolhido nos prazos regulamentares, nem em momento posterior, o que ocasiona a procedência da infração. Fica, portanto mantida, em sua totalidade.

Na infração 2, em que foi aplicada a multa de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não tributáveis, a defesa requer o seu cancelamento sob o entendimento de que esta infração estaria absorvida pela anterior, pois as notas fiscais são as mesmas que foram objeto da infração 1.

Acato o argumento da defesa, pois efetivamente tratam-se das mesmas notas fiscais, relacionadas na infração 1, e neste caso, a multa da obrigação principal absorve a multa pelo descumprimento da obrigação acessória, consoante o art. 42, §. 42, 5º da Lei nº 7.014/96. Infração elidida.

A infração 3 decorreu da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Trata-se de presunção legal prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, que admite prova em contrária, a ser efetuada pelo sujeito passivo.

Ocorre que a fiscalização encontrou, como relata na informação fiscal, inúmeras notas fiscais em poder do contribuinte sem o devido registro fiscal e contábil, referentes ao exercício de 2008, consoante planilhas de fls. 79 a 81 do PAF. Os cálculos do imposto foram efetuados com base no art. 60, I do RICMS/97. Quanto ao pedido de creditamento do ICMS, com relação às notas fiscais que não foram registradas, isto pode ser efetuado na forma do RICMS vigente, junto à inspetoria fiscal da circunscrição do contribuinte.

Infração procedente, pois as provas da regularidade da escrituração das notas fiscais, não foi efetivada, prevalece, portanto a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias.

A infração 4, decorreu da aplicação da multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias tributáveis.

De fato, as notas fiscais que serviram de base para a autuação são as mesmas que referendam a infração 3, e neste caso, aplico o disposto no art. 42, § 5º da Lei nº 7.014/96, que dispõe que a multa por descumprimento de obrigação acessória fia absorvida pela multa da infração principal.

Infração elidida.

Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.”

Inconformado com a Decisão, o sujeito passivo interpôs o presente Recurso Voluntário de fls. 401/405, – através de advogados regularmente constituídos – onde, após uma breve síntese da ação fiscal, insurgi-se contra o julgado, apenas no que tange à **infração 3**.

Sustentou que, como é de conhecimento geral, o ICMS rege-se pelo princípio da não-cumulatividade, materializado pela sistemática de débitos e créditos do estabelecimento em uma conta gráfica. Diz que, via de regra, as entradas do estabelecimento geram crédito correspondente ao imposto pago nas etapas anteriores de produção, enquanto as saídas geram débitos.

Alegou que, no caso em exame, em momento algum foi reconhecido pela Fiscalização que a falta de registro das notas fiscais também ocasionou o não aproveitamento dos correlatos créditos fiscais decorrentes da aquisição das mercadorias.

Reiterou a postulação de realização de diligência fiscal para a ASTEC, a fim de que se apurar o montante dos créditos decorrentes da aquisição das mercadorias objeto das notas fiscais relacionadas pela Fiscalização e, após a sua efetivação, fosse a infração 3 julgada procedente em parte.

Com essas considerações, conclui pugnando pelo Provimento do Recurso Voluntário, para reformar o acórdão guerreado.

Às fls. 409/410, a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que os argumentos do recorrente são insuficientes para modificar o Auto de Infração em apreço.

Destacou versar o Recurso Voluntário, exclusivamente, sobre a infração 3, entendendo descaber a diligência solicitada, pelo fato dos supostos documentos que dariam o direito ao crédito se encontrarem em poder do próprio autuado, a quem caberia a produção da prova.

VOTO

Versa o Recurso Voluntário em apreciação sobre as razões da irresignação do autuado com a decisão de primeira instância, atinente à infração 03 do Auto de Infração supra identificado, onde se exige ICMS no valor total de R\$18.439,12, acrescido da multa de 70%, em face da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, relativas aos meses de março a dezembro de 2008.

Consoante, detalhadamente relatado, a 5ª Junta de Julgamento Fiscal julgou procedente em parte dita autuação, sendo as razões recursais repetitivas daquelas apresentadas na impugnação, inclusive reiterando a solicitação para realização de diligência fiscal pela ASTEC, objetivando apurar o montante de créditos decorrentes das notas fiscais de aquisição de mercadorias relacionadas pela fiscalização na imputação.

De plano, lastreado no art. 147, I, “a”, do RPAF, indefiro a diligência postulada, porquanto são suficientes para a formação do convencimento do Órgão Julgador os elementos residentes no feito, frisado o fato de que as Notas Fiscais que compõem a imputação se encontram em poder do próprio autuado, a quem caberia a produção da prova pretendida.

Adentrando ao mérito propriamente dito, fácil é perceber não ter o recorrente resistido ao cometimento da infração 3, onde lhe é atribuída à omissão de saídas de mercadorias tributáveis em virtude da constatação de entradas não registradas na sua escrita, limitando-se, na verdade, a defender o direito ao crédito do ICMS destacado nas notas fiscais de entrada que deixaram de ser escrituradas.

Realmente, tão logo promova o recorrente o registro das notas fiscais de entrada em sua escrita, fará jus ao crédito fiscal relativo ao ICMS nelas destacado, ressaltado, entretanto, o fato de que, por ser ele extemporâneo, já que a escrituração se dará em período posterior à entrada das mercadorias, a respectiva utilização deverá se submeter às regras estabelecidas nos §§1º e 2º, do art. 101, do RICMS, *verbis*:

“Art. 101. A escrituração do crédito fiscal será efetuada pelo contribuinte nos livros fiscais próprios:

I - no período em que se verificar a entrada da mercadoria ou a aquisição de sua propriedade ou a prestação do serviço por ele tomado;

II - no período em que se verificar ou configurar o direito à utilização do crédito.

§ 1º A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida este artigo somente poderá ser efetuada com observância das seguintes regras:

I - feito o lançamento, o contribuinte fará comunicação escrita à repartição fiscal a que estiver vinculado, se o lançamento ocorrer no mesmo exercício financeiro;

II - se o lançamento ocorrer em exercício já encerrado, exigir-se-á, além da comunicação escrita e da observância do prazo de 5 anos:

a) que os serviços prestados ou as mercadorias tenham sido objeto de tributação ou que permaneçam ainda em estoque inventariado, registrando-se o crédito diretamente no livro Registro de Apuração do ICMS, no quadro “Crédito do Imposto - Outros Créditos”;

b) que a utilização do crédito fiscal ocorra concomitantemente com o registro da mercadoria na escrita fiscal, quando a mercadoria, embora não inventariada, encontrar-se fisicamente no estoque.

§ 2º Quando a escrituração do crédito fiscal for efetuada fora do período próprio, a causa determinante do lançamento extemporâneo será anotada na coluna “Observações” do Registro de Entradas ou, quando for o caso, na coluna “Observações” do Registro de Apuração do ICMS.

§ 3º Tratando-se de reconstituição de escrita, esta dependerá de prévia autorização da repartição fiscal.

§ 4º Tratando-se do imposto antecipado parcialmente, nos termos do art. 352-A, o direito à escrituração do crédito se configurará com o seu recolhimento”.

Do exposto, evitando delongas desnecessárias, considero incensurável a decisão proferida pela 5ª JJF, no que se refere à infração 3, confirmando-a integralmente, porquanto em estrita consonância com os ditames legais, sendo o meu voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

Ressalto, entretanto, que é entendimento desta 1ª Câmara de Julgamento Fiscal que a multa referida na infração 2, de 1% sobre o valor comercial das mercadorias não tributáveis, não poderia ser absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal lançada na infração 1, como entendeu a Decisão “*a quo*”, porque a multa pelo descumprimento da obrigação principal (infração 1) não é uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória (infração 2), nos termos do art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96. Dessa forma, não há porque se falar em absorção de uma pela outra. Entretanto, como não houve Recurso de Ofício, não há como ser reformada a Decisão da Primeira Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232889.0103/09-7**, lavrado contra **ÓTICA DINIZ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$24.027,90**, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.588,78 e 70% sobre R\$18.439,12, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. PGE/PROFIS