

PROCESSO - A. I. N° 170623.0049/09-4
RECORRENTE - ÓTICA DINIZ LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF n° 0176-04/10
ORIGEM - INFAS VAREJO
INTERNET - 31/03/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0047-11/11

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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). Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal, proferida através do Acórdão JJF n° 0176-04/10, que julgou Procedente Em Parte o presente Auto de Infração, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento das infrações abaixo transcritas, sendo objeto do presente Recurso a imputação titulada 3.

1. Deixar 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 do exercício de 2006 até fevereiro/2008, o contribuinte estava sujeito a Substituição por Antecipação. ICMS no valor de R\$2.314,20 e multa de 60%;
2. Dar entrada no estabelecimento de mercadoria não tributável sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 1%, no valor de R\$137,82;
3. Omitir saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Exercício de 2008 - meses de março a dezembro, sendo exigido ICMS no valor R\$10.240,78, acrescido da multa de 70%;
4. Dar entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa de 10%, no valor de R\$ 6.023,95.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, indeferiu o pedido de diligência formulado pela defesa, por entendê-la desnecessária, com base no art. 147, inciso I, do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as conclusões acerca da lide.

No mérito, a JJF manteve parcialmente as exigências fiscais, com os seguintes posicionamentos:

“O Auto de Infração trata de lançamento de crédito tributário decorrente do cometimento de 04 infrações, que passo a analisá-las. Em relação às infrações 01 - falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, e 03 - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, o sujeito passivo não negou os fatos, reconheceu o cometimento de tais infrações, entretanto alegou que houve falta de reconhecimento dos créditos fiscais, dizendo que os autuantes deixaram de observar

as regras da não-cumulatividade inerente ao ICMS, porque não concederam os créditos fiscais relativos às notas fiscais objeto da autuação, relativo às duas infrações (01 e 03)

Do exame nas peças processuais, verifico que em relação à infração 01, ao contrário do que alegou o contribuinte, os demonstrativos à fl. 13, elaborados pelos autuantes, que fundamentaram tal infração, demonstram claramente que nos cálculos para a apuração do imposto foram considerados e concedidos os créditos destacados nos documentos fiscais inerentes a esta infração. Portanto considero a infração 01 totalmente subsistente.

Quanto à infração 03, que o contribuinte reconheceu o seu cometimento, mas, também protestou arguindo que foi exigido o imposto com aplicação da alíquota de 17%, mas não foram concedidos os créditos fiscais relativos às notas fiscais que fundamentaram a autuação, da análise nos termos da imputação e dos elementos colacionados nos autos, observo que esta infração foi exigida com base na presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, relativa a entradas de mercadorias não registradas nos livros fiscais, sendo a autuação perpetrada com base em documentos fiscais fornecidos pelo sujeito passivo acostados às fls. 18 a 56 dos autos. Neste caso o procedimento fiscal está correto sendo exigido o imposto com aplicação da alíquota de 17%.

Quanto aos créditos fiscais requeridos pelo autuado das referidas notas fiscais não podem ser concedidos nesta fase processual, tendo em vista que os valores autuados são referentes a receitas omitidas anteriormente para o pagamento dessas operações. Tal exigência do pagamento do imposto está embasada no preceito legal de que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, consequentemente, sem pagamento do imposto. Entretanto, existindo tal direito, poderá ser objeto de utilização extemporânea de crédito fiscal se houver o registro das notas fiscais que serviram de base para a lavratura deste item da autuação. Infração mantida em sua totalidade.

Nas infrações 02 e 04, foram detectados através de notas fiscais obtidas junto ao sujeito passivo, que o contribuinte adquiriu mercadorias sem efetuar os devidos registros fiscais e contábeis, pelo que foram aplicadas as multas de 1% por se tratarem de mercadorias não tributáveis e de 10% relativa a mercadorias tributáveis, em conformidade com as planilhas dos autuantes colacionadas às fls. 14, 17 e 18, e os documentos fiscais juntados às fls. 86 a 125 dos autos. Examinando os elementos que consubstanciaram tais infrações, após o cotejamento dos demonstrativos que fundamentaram as infrações 01 e 03, às fls. 14, 17 e 18 com as notas fiscais que embasaram as infrações 02 e 04, às fls. 13 a 16, verifico que tais documentos fiscais, são os mesmos que motivaram as infrações 01 e 03, remanescentes e contextualizadas no Auto de Infração. Dessa forma, as multas de 60% e de 70% destas infrações (01 e 03), por serem de obrigação principal absorvem as multas de 1% e de 10%, exigidas nas mencionadas infrações 02 e 04 respectivamente, que têm caráter de obrigação acessória, deixando de existir as penalidades impostas ao contribuinte. (§ 5º do art. 42 da Lei nº 7.014/96). Infrações desconstituídas.”

Inconformado com a Decisão, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário (fls. 179/183), através de advogados regularmente constituídos, insurgindo-se contra o julgado, após uma breve síntese da ação fiscal, 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, asseverando 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 ter a falta de registro das notas fiscais também ocasionado 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 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 tais considerações, concluiu pugnando pelo provimento do Recurso Voluntário, para reformar o acórdão guerreado.

Às fls. 187/188, a PGE/PROFIS opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender insuficientes os argumentos do recorrente, portanto, incapazes de modificar o Auto de Infração.

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 3 do Auto de Infração supra identificado, onde se exige ICMS no valor total de R\$10.240,78, 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 4ª 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 a 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 4^a 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 1^a 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 1^a 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 **170623.0049/09-4**, lavrado contra **ÓTICA DINIZ LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$12.554,98**, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.314,20 e 70% sobre R\$10.240,78, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE - RELATOR

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