

PROCESSO - A. I. Nº 298237.0602/07-5
RECORRENTE - SMADA DISTRIBUIDORA DE CHICLETES LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 4ª JJF nº 0186-04/08
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 10/10/2012

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0300-11/12

EMENTA: ICMS. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Valor originariamente exigido foi diminuído face à lavratura de Auto de Infração anterior, no qual foi exigido a antecipação parcial no mês de novembro de 2005. Infração parcialmente mantida. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS. Infração procedente face à falta de comprovação da regularidade dos recolhimentos. Rejeitadas as preliminares suscitadas. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Versam os autos de Recurso Voluntário interposto em face do acórdão em referência que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado em 29/06/2007 para exigir ICMS no valor de R\$108.527,52, sendo objeto do Recurso em tela a infração 02 que imputa o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97. (Valor histórico: R\$ 12.986,92; percentual da multa aplicada: 60%).

Em Primeira Instância deste CONSEF a lide administrativa foi decidida nos termos do voto condutor, *verbis*:

“(...)Na infração 02, foi apurado o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, conforme demonstrativo de fls. 21 a 24.

O sujeito passivo inconformado com a totalidade da infração, aduziu em sua peça defensiva que a MVA de 40% aplicada pelo autuante estaria incorreta, pois teria efetuado as aquisições diretamente do comércio, cabendo a MVA de 30%, no que o autuante não concordou e ressaltou que todas as compras foram efetuadas diretamente da indústria CADBURY ADAMS BRASIL IND E COM DE PROD ALIMENTICIOS LTDA, CNPJ 45.948.395/0001/97, com sede em São Paulo.

A empresario autuado insiste mais uma vez que teria razão sua reclamação, cabendo apenas observar o CFOP das notas fiscais de compras de mercadorias, 6.102, mas não trouxe qualquer elemento que comprove sua assertiva, desde quando as notas fiscais estão em seu poder.

Assim, deve ser aplicado o disposto nos arts. 142 e 143 do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de

veracidade da afirmação da parte contrária” e “A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal”.

Assim, concordo com a MVA aplicada da ordem de 40%, pois as aquisições foram efetuadas na indústria, e em conformidade com o estabelecido no Anexo 88 do RICMS/97.

Infração procedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Irresignado com o teor decisório, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 112/123, arguindo, em síntese, que houve equívoco quanto ao início do prazo recursal, requerendo a devolução. Pontua ser nulo o lançamento de ofício, eis que o Fisco não procedeu a nenhum levantamento físico de estoque para verificação efetiva se havia ou não o registro das mercadorias objeto de autuação, a resultar na conclusão de que o método adotado pelo autuante é incompatível com a infração que lhe foi imputada, sendo ausente um levantamento sério e idôneo conforme as recomendações técnicas fiscais e contábeis.

Nesse contexto, ainda em sede de preliminar, indaga qual teria sido a suposta omissão de saídas e qual foi o fato e se o foi com base na suposta falta de registro de notas fiscais em livro Registro de Entrada de Mercadorias ou em face da existência de notas no sistema CFAMT ou SINTEGRA, o que responde com argumento de que o Fisco deve comprovar a efetiva entrada das mercadorias, como ocorre no caso de levantamento quantitativo de mercadoria, o qual se estiver correto, com prova inequívoca, o que diz não ter ocorrido no caso presente, pois não foi realizado tal roteiro de fiscalização, muito embora todos os livros e documentos fiscais estivessem de posse do auditor também para esse mister, tudo em prol da verdade material.

Afirma que a simples existência de notas fiscais arrecadadas no trânsito de mercadorias e registradas no SINTEGRA – fato que disse ser conhecido – não tem o efeito probante claro e inequívoco, mormente quando se presume um ilícito tributário e que, ao Estado, cabe comprovar a existência do fato gerador - ingresso das mercadorias -, caso contrário, está o preposto fiscal a exigir prova negativa a ser produzido pelo sujeito passivo, o que alega não ser crível e nem cabível.

Discorre sobre o ônus da prova no curso do PAF transcrevendo posição de Hugo de Brito Machado. Em relação à presunção de que ocorreu omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas, enfatiza que a presunção legal é a de que haverá omissão se for comprovada a entrada não registrada, e que, portanto, não é lícito presumir a entrada não registrada a partir da presunção de saída própria por falta de registro em face uma entrada não comprovada, o que não diz não haver prova neste PAF.

Em reforço da sua tese, cita Decisão do Conselho de Contribuintes e Recursos Fiscais do Tocantins, CROCRE, do Mato Grosso do Sul, para, em seguida, arguir a nulidade ou mesmo a improcedência da autuação em virtude da impropriedade e da irregularidade do levantamento quantitativo.

Ressalta que se o Fisco não lhe autuou por falta de registro das notas fiscais de entrada, não caberia, por consequência, fazê-lo por falta de recolhimento por notas fiscais tidas por não registradas, o que disse ser óbvio.

Quanto à infração 2, diz que lhe está sendo exigida complementação do ICMS, por antecipação de notas fiscais, porém, que foi autuada por complementação do ICMS substituído em virtude de suposto recolhimento a menor de diversas notas fiscais.

Às fls. 176/178 consta o Parecer proferido pela PGE/PROFIS opinando pela rejeição da preliminar de nulidade, por constatar do exame dos autos, que as imputações estão corretamente tipificadas e descritas com base na legislação tributária e em compatibilidade com o art. 39 do RPAF. No tocante ao mérito, considerou que melhor sorte não se reserva ao Recorrente, uma vez que o levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias em exercício aberto representa um método ordinário previsto na Lei do ICMS e no RICMS. Concluiu pelo Improvimento do

Recurso Voluntário, considerando, também, o fato do sujeito passivo não ter coligido ao PAF elementos probatórios que dessem sustentação ao que alega em sua defesa, nos termos do art. 142 do RPAF.

Às fls. 181/182 consta diligência suscitada por esta CJF encaminhando os autos à ASTEC para as seguintes providências:

- 1- Intimar o sujeito passivo a apresentar as notas fiscais originais relacionadas no demonstrativo de fls. 21/23 anexando-as aos autos as respectivas fotocópias;
- 2- Verificar, em cada nota fiscal apresentada, o CFOP referente à natureza da aquisição excluindo da exigência fiscal as aquisições cuja natureza da operação seja VENDA DE MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE TERCEIROS;
- 3- Elaborar demonstrativos de débito, caso remanesça imposto a ser exigido relativamente a operações de VENDAS DE PRODUÇÃO DO ESTABELECIMENTO hipótese que é aplicável a MVA de 40%.

Às fls. 184/185 consta Parecer proferido pela ASTEC concluindo que não foi possível realizar a diligência por estar o autuado em situação irregular, na condição de inapto, com endereço desconhecido, tendo retornado as intimações que lhe foram enviadas e, por isto, do resultado intimou o contador conforme documentos residentes nos autos.

VOTO

O Recurso Voluntário pugnou, inicialmente, pela nulidade da autuação sob o argumento da ausência de levantamento quantitativo de estoques para verificação do registro das mercadorias. Foi requerido, sucessivamente, para assegurar o exercício da ampla defesa, que fosse realizada diligência para fins de comprovação do ingresso das mercadorias no estabelecimento autuado, sob pena de afronta ao princípio da segurança jurídica e, ainda, pugnou-se pela improcedência da infração 2 sob a alegação da aquisição ter sido de atacadistas.

Enfrentando, de logo, a questão da nulidade, infiro que esta foi arguida aleatória e insubstancialmente, eis que do exame do lançamento de ofício não se extrai qualquer vício capaz de inquiná-lo e de causar prejuízo à defesa. Sem dúvida, como se extrai do relatório acima constante, o sujeito passivo, por desídia, não viabilizou a realização da diligência, descuidando-se de comezinha e elementar providência de, primeiramente, manter atualizado seu cadastro, inclusive, quanto ao seu novo endereço perante a SEFAZ deste Estado.

No mérito, verifico que o cerne reside na imputação de recolhimento a menos do ICMS por antecipação (demonstrativos de fls. 21 a 24), tendo o recorrido postulado que a MVA correta seria de 30% e não de 40%, visto que todas as compras teriam sido efetuadas diretamente de atacadistas.

O autuante, por sua vez, como observo, rechaçou essa alegação sob o fundamento de que todas as aquisições de mercadorias se originaram da indústria CADBURY ADAMS BRASIL IND. COM. DE PROD. ALIMENTÍCIOS LTDA., que se trata de estabelecimento industrial.

Ademais, noto também que, o sujeito passivo defende que o Fisco deveria ter observado as respectivas CFOPS das notas fiscais de compras. Todavia, como visto, o recorrente se limitou a alegar sem, entretanto, como é ônus seu, apresentar os elementos de prova, a fazer incidir a regra do art. 142 e 143 do RPAF, além do que, também devido a sua inércia, foi inviabilizada a diligência por si requerida.

Logo, nesse contexto, devo concluir como correta, diante das peças processuais, que a MVA a ser imposta é de 40% e não de 30%, considerando que as compras foram feitas diretamente da referida indústria, como comprovado nos autos está.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 298237.0602/07-5, lavrado contra **SMADA DISTRIBUIDORA DE CHICLETES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.960,61**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de setembro de 2012.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ALESSANDRA BRANDÃO BARBOSA – RELATORA

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS