

PROCESSO - A. I. N° 298578.0006/12-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E CHARQUES GMA DE ITAPERUNA LTDA. (CHARQUES ITAPERUNA)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO - Acórdão 4^a JJF nº 0098-04/13
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 04/09/2013

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0245-12/13

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Revisão fiscal realizada pela própria autuante corrigiu os equívocos constantes do lançamento. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa equivalente a 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Revisão realizada pela autuante reduziu o valor da penalidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 4^a Junta de Julgamento Fiscal - 4^a JJF, que por intermédio do Acórdão nº 0098-04/13 decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração em referência, o qual fora lavrado em 28 de setembro de 2012 objetivando constituir crédito tributário no montante de R\$ 75.454,46, em decorrência de três infrações à legislação tributária estadual, sendo, entretanto, objeto do recurso sob apreciação apenas as infrações 1 e 2 a seguir enunciadas:

INFRAÇÃO 1. 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- com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício, no valor de R\$ 30.814,08, além da multa de 70% e 100%, aplicada para os exercícios de 2009 e 2010, respectivamente, constando, ainda, da acusação que “o cálculo das omissões considerou o preço médio por quilo, e depois multiplicou por 30, nos produtos vendidos em caixas de 30 kg., e por 5, nos casos em que os produtos são vendidos em caixas de 5 kg.”.

INFRAÇÃO 2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita(s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo cobrada penalidade equivalente a 10% das mercadorias omitidas, no total de R\$ 43.193,95, ocorrência verificada nos exercícios de 2008, 2009 e 2010.

A 4^a JJF após ultrapassar as questões suscitadas de ordem preliminar, no mérito decidiu a lide com fundamento no Voto a seguir reproduzido:

(...)

Quanto ao mérito, verifico que, relativamente à infração 1, é sabido é que a adoção da presunção mencionada, para a verificação da caracterização da hipótese de incidência tributária, não é conduta estranha ao Direito Tributário. Para tanto, legitima-se a busca, pela Autoridade Fiscal, da existência de determinados fatos, a princípio estranhos àqueles que se busca para, deles extraír a ocorrência de outras ocorrências fáticas - estas sim as que interessam - as quais não foram de início diretamente comprovadas. Não se coloca à margem do conhecimento, portanto, a verificação da efetiva ocorrência de tais fatos. Apenas a sua comprovação é que se faz de forma indireta. Legitima-se, com isso, a aplicação das presunções legais em matéria tributária. Por óbvio que a força de uma presunção deve ser ponderada pela observância dos princípios que proporcionem a segurança jurídica do contribuinte a exemplo do da ampla defesa e o devido processo legal, o que no caso em comento, ocorreu de forma cristalina, conforme visto acima.

Por outro lado, é pacífico o entendimento de que os fatos geradores do ICMS só podem decorrer da realização de todos os aspectos previstos e tipificados na norma de incidência, uma vez que as relações jurídicas devem pautar-se pelos critérios de segurança e certeza, sendo defeso os lançamentos tributários embasados em simples suposições, em virtude dos princípios da tipicidade cerrada e da legalidade.

Ou seja: o tributo só pode incidir sobre fatos reais, quando estes se consideram relevantes juridicamente, assim, mister se faz ressaltar que para ocorrer a tributação necessária se torna a existência de prova do fato gerador, a qual deve ter o condão de demonstrar a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis.

Assim, se a hipótese de incidência do tributo se originar do legislador, tal fato caracteriza a presunção legal, a qual só pode ser estabelecida pela lei, sendo que neste caso, inverte-se a regra processual de que quem acusa deve provar o fato, ocorrendo, pois, a denominada inversão do ônus da prova.

Em tais casos, tal inversão se verifica quando, compete ao sujeito passivo o ônus de provar que não houve o fato infringente, onde ressalte-se que sempre essa inversão se origina da existência em lei de uma presunção relativa, pois, com exceção da existência de uma presunção tipificada em lei, o ônus da prova caberá sempre a quem acusa.

O tributo só pode incidir sobre fatos reais, conforme já dito linhas atrás. Para que haja a tributação, necessário se torna à existência de prova da ocorrência do fato gerador, a qual deve demonstrar de forma inofismável a efetiva ocorrência dos fatos tributáveis, naquilo que a doutrina denomina de princípio da verdade material.

Ou seja: a presunção é o resultado de um processo mental, resultante da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Assim, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (Juris et de Jure) ou relativa (Juris Tantum), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desmonte.

Em outras palavras: a autuação embasa-se em uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, diante da possibilidade do sujeito passivo possa contrapor-se ao lançamento no sentido de que, através dos meios e elementos de prova disponíveis, possa demonstrar que não cometeu a infração que lhe foi imputada via lançamento.

A legislação estadual do ICMS, em especial o 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 anteriormente já citada, determina que considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento em que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, implicam em presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Além do mais, o levantamento fiscal foi realizado com base nos arquivos magnéticos transmitidos pela própria empresa autuado, a qual deve zelar pela fidedignidade dos dados neles constantes, que devem espelhar de forma fiel os lançamentos ocorridos nos diversos livros fiscais, e para isso deve estruturar-se e organizar-se, para exercer um controle sobre as operações que pratica em cada estabelecimento, muito embora com os equívocos cometidos e reconhecidos pela autuante.

Em definitivo, friso que a diferença das quantidades de entradas de mercadorias apurada mediante o procedimento fiscal de levantamento quantitativo de estoques previsto na Portaria nº 445/98 indica que o sujeito passivo, omitiu entradas de mercadorias tributáveis com base em presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento das mesmas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício.

Tal hipótese consiste em descumprimento de obrigação principal, ao invés de obrigação acessória, devendo ser aplicada à penalidade prevista para tal hipótese, o que se mostrou procedimento correto da autuação. Dessa forma, diante, inclusive, do acatamento da informação fiscal por parte do autuado, frente aos novos demonstrativos elaborados, nos quais os valores de omissão de entradas foram significativamente reduzidos, frente aos ajustes realizados, acolho os valores informados pela mesma para o exercício de 2010 (R\$ 34,44), e julgando a infração 1 parcialmente procedente, conforme demonstrativo de fl. 785.

Quanto à infração 2, diante da argumentação defensiva de que quase todas as notas fiscais, objeto da acusação, foram canceladas, sinistradas ou foram escrituradas no livro de Registros de Entradas de Mercadorias, a autuante acatou diversos documentos que efetivamente foram comprovados em tais situações, ajustando o valor do débito para R\$ 6.157,01, na forma do demonstrativo de fl. 979, sendo digno de registro o fato da empresa autuado concordar com a conclusão da informação fiscal “no que tange ao valor total do Auto de Infração de R\$7.637,88” e solicita que a JJF acate as alegações da defesa e da informação fiscal prestada. Dessa forma, a infração fica mantida parcialmente no valor indicado na informação fiscal.

Por tais argumentos, voto no sentido de que o lançamento seja PROCEDENTE EM PARTE, devendo ser homologados os pagamentos realizados.

Da Decisão acima, a 4^a JJF recorreu de ofício para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO

As questões enfrentadas neste julgamento cingem-se de natureza eminentemente fática, visto que tratam de levantamento quantitativo de estoque, item 1, e ausência de registro de notas fiscais de entradas, item 2.

Desta maneira, a autuante quando da informação fiscal prestada às fls. 779 a 793, acolheu os argumentos do recorrido no sentido de que, quanto a infração 1, as operações de remessas e de retorno de mercadorias para venda em veículos, código de operações 5.904 e 1.904, não deveriam ser consideradas no levantamento do estoque uma vez que a efetiva venda dessas mercadorias só se concretizam com a nota fiscal de venda, código de operação 5.102. Neste passo, diferentemente do constante no lançamento inicial, que resultou em apuração de omissões de entradas de mercadorias para os exercícios de 2009 e 2010, apurou apenas omissão de entradas para o exercício de 2009 no valor de R\$492,00 com ICMS na ordem de R\$34,44, ao tempo em que, apurou omissões de saídas em valores significativamente superiores ao anteriormente alcançado.

Entretanto, esclareceu ainda a autuante, que deixou de considerar no roteiro de fiscalização utilizado, as operações com cupom fiscal, registro SINTEGRA 60R, fato este que causou distorções significativas no levantamento. Diante disto, refez o levantamento identificando apenas a omissão de entrada para o exercício de 2009, no valor acima indicado. Correto, portanto, a exoneração do débito levada a efeito pela instância *a quo*.

Quanto a infração 2, vejo que as exclusões foram em função de notas fiscais que acobertavam mercadorias comprovadamente envolvidas em sinistro, canceladas e/ou escrituradas no primeiro mês do exercício seguinte ao do levantamento de estoque realizado. Desta forma, correta, também as exclusões levadas a efeito pela autuante e acatadas pela Junta de Julgamento.

Em conclusão, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 298578.0006/12-4 lavrado contra INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CARNES E CHARQUES GMA DE ITAPERUNA LTDA. (CHARQUES ITAPERUNA), devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$1.480,87, acrescido das multas de 70% sobre R\$34,44 e 60% sobre R\$1.446,43, previstas no art. 42, incisos III e VII “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$6.157,00, prevista inciso IX, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos pela Lei nº 9.837/05, devendo o órgão competente homologar os pagamentos realizados.

Sala de Sessões do CONSEF, 14 de agosto de 2013.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE/RELATOR

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