

A. I. N° - 299167.0038/02-6
AUTUADO - CENTER GRILL RESTAURANTE LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 06/05/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0136-03/03

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. 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. Foi feito o levantamento fiscal, reduzindo-se o valor de débito originalmente apontado. **2. DIFERENÇA DE ALÍQUOTAS. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE BENS DE CONSUMO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração caracterizada. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Infração caracterizada. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem e o ingresso dos recursos. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado, em 26/09/02, para exigir o ICMS, no valor de R\$38.633,29, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa de R\$6.840,17, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88;

2. Falta de recolhimento do imposto decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento;
3. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal – multa de R\$6.840,17;
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa.

O autuado apresentou defesa, em duas petições protocoladas nos dias 29/10/02 e 30/10/02, ainda no prazo legal de 30 dias, alegando, quanto à infração 1, que a autuante incorreu em equívoco ao indicar o valor de R\$4.028,00, referente à Nota Fiscal nº 67.219 (janeiro/00), quando o valor correto é de R\$40,28. Em relação às Notas Fiscais nºs 45.839, 32.649, 34.720, 29.240 e 70.812, aduz que recolheu antecipadamente o ICMS, no montante de R\$2.665,08, consoante os DAEs que acostou aos autos. Sendo assim, diz que acata os seguintes valores de débito: a) 31/01/00 – R\$2.861,36; b) 28/02/00 – R\$1.219,20; c) 30/06/00 – R\$1.334,59; d) 30/11/00 – R\$1.019,58.

Relativamente à infração 4, afirma que a autuante calculou o imposto à alíquota de 17%, “quando na verdade deveria ter sido uma alíquota de apenas 5%, vez que a empresa autuada passou ao REGIME SIMPLIFICADO DE APURAÇÃO DO ICMS, desde março de 2000”. Finalmente, reconhece o débito de R\$2.499,18 e não R\$8.497,20, como indicado no lançamento, discriminado da seguinte forma: a) 31/03/00 – R\$674,19; b) 30/04/00 – R\$228,95; c) 31/05/00 – R\$407,15; d) 30/06/00 – R\$515,24; e) 31/07/00 – R\$531,30; f) 30/11/00 – R\$142,34.

A autuante, em sua informação fiscal, relativamente à infração 1, reconhece que cometeu um engano na indicação do valor da Nota Fiscal nº 67.219, como demonstrado pelo contribuinte, e retifica o valor do débito, referente a janeiro/00, para R\$2.861,36. Quando às importâncias recolhidas pelo autuado, por meio dos DAEs por ele acostados em sua peça defensiva, afirma que já haviam sido consideradas em seu levantamento fiscal, conforme se pode observar no campo “ICMS RECOLHIDO”, constante do demonstrativo juntado às fls. 17 a 21, não podendo ser acatada a alegação do contribuinte.

Quanto à infração 4, aduz que a alíquota a ser aplicada sobre o saldo credor de Caixa é “matéria de caráter interpretativo, cuja decisão cabe ao Egrégio CONSEF”. Pede a procedência parcial do Auto de Infração.

Considerando que, relativamente à infração 1, a autuante englobou, em seu levantamento, o total do ICMS recolhido pelo sujeito passivo, não sendo possível afirmar se os valores recolhidos nos DAEs acostados pelo autuado foram efetivamente incluídos no levantamento da autuante, esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência (fl. 171) a fiscal estranho ao feito para que este, à vista dos livros e documentos fiscais, conferisse o demonstrativo elaborado pela autuante (fls. 17 a 21) e informasse se os valores recolhidos nos DAEs acima mencionados foram ou não considerados no cálculo do imposto.

O diligente, às fls. 172 a 174, apresentou o Parecer ASTEC nº 0028/2002, aduzindo inicialmente que refez o levantamento fiscal, nos meses de fevereiro/00, junho/00, novembro/00 e dezembro/00, incluindo todas as entradas de mercadorias e todos os recolhimentos efetuados referentes a antecipação tributária e, após a conclusão do levantamento, chegou às seguintes conclusões, tudo de acordo com os demonstrativos e documentos fiscais que juntou às fls. 175 a 222:

1. nos meses de fevereiro e dezembro de 2000, constatou que os valores indicados pela autuante são convergentes com os valores por ele apurados, isto é, não há diferença, e,

portanto, permanecem inalterados os montantes de débito exigidos de R\$1.496,55 e R\$337,61, respectivamente;

2. no mês de junho/00, verificou que alguns documentos fiscais foram lançados pela auditora fiscal em duplicidade, haja vista que se referiam a operações de simples faturamento de mercadorias em consignação, cujas notas fiscais de origem da operação correspondente já haviam sido consideradas no levantamento. Sendo assim, diz que procedeu à exclusão das referidas notas fiscais e apurou o débito no valor de R\$999,40, ao invés de R\$1.880,35, como apontado na autuação;
3. no mês de novembro/00, constatou que não há diferença de ICMS a ser cobrada, uma vez que “houve um recolhimento a maior no valor de R\$3.289,90 para uma antecipação devida no valor de R\$2.796,70”. Verificou, ainda, que “o DAE no valor de R\$1.756,46 além de incluir as NF nºs 25874, 25943 e 45137, também contempla a de nº 26.305 que já havia sido considerada no levantamento da autuada, fl. 16”.

O autuado e autuante foram cientificados do resultado da diligência (fls. 225 a 227), mas não se manifestaram nos autos.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de quatro infrações.

O contribuinte, em sua peça defensiva, impugnou apenas as infrações 1 e 4, silenciando em relação às infrações 2 e 3, razão pela qual entendo que são desnecessárias maiores considerações a respeito, uma vez que houve o reconhecimento tácito do cometimento das irregularidades apontadas.

A infração 1 trata de exigência do ICMS por antecipação, que foi recolhido a menos, nas aquisições de mercadorias enquadradas na substituição tributária. O sujeito passivo apontou um equívoco cometido pela autuante, ao considerar, no levantamento fiscal, o valor de R\$4.028,00, referente à Nota Fiscal nº 67.219, quando o valor correto seria de R\$40,28, fato reconhecido pela autuante, que retificou o valor de débito exigido no mês de janeiro/00, de R\$4.177,31 para R\$2.861,36.

O autuado alegou, ainda, que já havia recolhido, antecipadamente, o valor do ICMS referente às Notas Fiscais nºs 45.839 (R\$369,04), 32.649 (R\$545,76), 34.720 (R\$1.004,89), 29.240 (R\$468,04) e 70.812 (R\$277,35), no montante de R\$2.665,08, consoante os DAEs que acostou aos autos, o que foi contestado pela autuante, sob o argumento de que tais recolhimentos já haviam sido considerados em seu levantamento fiscal, no campo “ICMS RECOLHIDO”, do demonstrativo juntado às fls. 17 a 21.

Como a autuante englobou o total do ICMS recolhido em seus demonstrativos, não foi possível conferir se, nos meses de fevereiro/00, junho/00, novembro/00 e dezembro/00, os valores recolhidos nos DAEs juntados pelo sujeito passivo, de R\$369,04, R\$545,76, R\$468,04 e R\$277,35 foram efetivamente considerados pela auditora fiscal. Sendo assim, o PAF foi convertido em diligência, por esta 3ª JF, para que fiscal estranho ao feito, à vista dos documentos fiscais, pudesse efetuar a verificação.

O diligente, às fls. 172 a 174, apresentou o Parecer ASTEC nº 0028/2002, aduzindo inicialmente que refez todo o levantamento fiscal, nos meses de fevereiro/00, junho/00, novembro/00 e dezembro/00, concluindo que: os valores apontados pela autuante nos meses de fevereiro/00 (R\$1.496,55) e dezembro/00 (R\$337,61) estavam corretos; no mês de junho/00, verificou que alguns

documentos fiscais foram lançados pela auditora fiscal em duplicidade, haja vista que se referiam a operações de simples faturamento de mercadorias em consignação, e reduziu o débito para R\$999,40, ao invés de R\$1.880,35, como apontado na autuação; no mês de novembro/00, constatou que não há diferença de ICMS a ser cobrada, uma vez que “houve um recolhimento a maior no valor de R\$3.289,90 para uma antecipação devida no valor de R\$2.796,70”. A final, o diligente informou que o valor total de débito da infração 1 deveria ser reduzido de R\$18.375,34 para R\$14.321,78.

Como o trabalho diligencial não foi impugnado, nem pelo autuado nem pela autuante, mesmo após cientificados, entendo que devem ser acatados os valores apontados pelo diligente para os meses de fevereiro/00, junho/00, novembro/00 e dezembro/00.

Quanto ao débito relativo aos demais meses indicados na infração 1, o contribuinte não se manifestou e, assim, considero que estão corretos e foram tacitamente reconhecidos. Dessa forma, deve ser mantido parcialmente o valor apurado neste item consoante o demonstrativo abaixo:

Infração	Data de Ocorrência	Data de Vencimento	Base de Cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Multa (%)	Débito ICMS (R\$)
1	30/09/99	09/10/99	24.959,18	17%	60%	4.243,06
1	31/10/99	09/11/99	3.423,29	17%	60%	581,96
1	30/11/99	09/12/99	1.810,18	17%	60%	307,73
1	31/12/99	09/01/00	1.792,65	17%	60%	304,75
1	31/01/00	09/02/00	16.831,53	17%	60%	2.861,36
1	28/02/00	09/03/00	8.803,24	17%	60%	1.496,55
1	31/05/00	09/06/00	2.001,82	17%	60%	340,31
1	30/06/00	09/07/00	5.878,82	17%	60%	999,40
1	31/07/00	09/08/00	1.965,94	17%	60%	334,21
1	31/08/00	09/09/00	7.789,12	17%	60%	1.324,15
1	30/09/00	09/10/00	733,82	17%	60%	124,75
1	31/10/00	09/11/00	6.270,24	17%	60%	1.065,94
1	31/12/00	09/01/01	1.985,94	17%	60%	337,61
TOTAL DO DÉBITO						14.321,78

Na infração 4, está-se exigindo o tributo devido por presunção legal, em decorrência da constatação de saldo credor de Caixa, o que é indicativo da realização de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão da nota fiscal, conforme prevê o § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, a menos que o contribuinte apresente a prova da improcedência da presunção.

O autuado reconheceu implicitamente o cometimento da irregularidade fiscal, impugnando, apenas, a alíquota aplicada para o cálculo do imposto, que foi de 17%, sob o argumento de que, por estar enquadrado no regime simplificado de apuração do ICMS, de 5% sobre a receita bruta, este deveria ser o percentual para a apuração do imposto.

Não obstante isso, entendo que não assiste razão ao autuado, tendo em vista que o benefício fiscal de apuração do ICMS, pela aplicação do percentual de 5% sobre a receita bruta do estabelecimento, somente pode ser concedido em relação aos valores regularmente oferecidos, pelo contribuinte, à tributação. Quando o imposto é exigido, pelo Fisco, mediante lançamento de

ofício, tendo em vista que o contribuinte omitiu operações de saídas de mercadorias tributáveis, não há que se falar em tributação pelo regime simplificado e sim pelo regime normal de apuração, à alíquota de 17%. Vale ressaltar que o autuado está inscrito na condição de “Normal” e, dessa forma, considero correta a autuação neste item.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299167.0038/02-6, lavrado contra **CENTER GRILL RESTAURANTE LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.579,73**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$14.715,17 e 70% sobre R\$19.864,56, previstas no art. 42, II, “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, além da multa de **R\$6.840,17**, prevista no art. 42, IX, da citada Lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de abril de 2003

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA