

PROCESSO - A. I. Nº 298942.0006/02-8
REDORRENTE - SUPERMERCADO VIDA LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JF nº 0290-03/04
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0302-12/04

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Os saldos tornaram-se credores após o levantamento, pelo Fisco, de aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos e despesas de água, energia e telefone. A fiscalização não anexou aos autos as provas necessárias, mesmo tendo sido determinada a realização de diligência para sanar a falha, de algumas despesas com água, energia e telefone, alegando que se baseou em contas de meses anteriores. Porém não é admissível que, por não serem conhecidos os valores das despesas com água, energia e telefone de determinados meses, se presuma que tais valores sejam os mesmos de outros meses cujos documentos são apresentados. Esse tipo de presunção não tem amparo na legislação. Excluídos do levantamento fiscal os valores das despesas com energia, água e telefone em relação aos quais não foram anexados pelo Fisco os documentos correspondentes. Ficam, contudo, mantidos os valores que foram contabilizados pela empresa, pois se o contribuinte os escriturou é porque os documentos decerto existem. Também ficam mantidos os valores relativos a aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 28/04/03, para exigir o ICMS, no valor de R\$52.753,56, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Recolhimento a menos do imposto por antecipação, em razão do desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS – R\$1.045,64;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor na Conta Caixa. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte “*deixou de lançar pagamentos relativos a aquisições de mercadorias, imposto recolhido, despesas com água, energia telefone*” e que, “*sendo lançado esses valores ficou evidenciado saldos credores da conta Caixa, caracterizando que esses valores foram supridos por vendas de mercadorias sem a devida emissão de documentação fiscal e em consequência sem o devido registro nos livros fiscais e contábil*” – R\$51.707,92.

O autuado apresentou defesa (fls. 489 a 492), preliminarmente suscitando a nulidade da infração 2, visto que o autuante limitou-se a juntar uma relação contendo valores e nomes de empresas que teriam recebido numerário de seu estabelecimento, mas sem anexar nenhum documento que pudesse comprovar a realização de tais pagamentos com a aquisição de mercadorias, despesas com água, energia e telefone, supostamente não lançados em sua contabilidade.

No mérito, reconhece, como procedente o débito exigido na infração 1. Impugnou, entretanto, a infração 2, sob a alegação de que está vivendo um momento de crise e, por isso, encontra-se inadimplente com os Fiscos Estadual e Federal, bem como com alguns fornecedores, conforme o demonstrativo que diz estar juntando. Conclui que, inexistindo o pagamento, não pode haver o documento de quitação e muito menos o lançamento na conta Caixa.

Argumenta que parte dos pagamentos apontados pelo preposto fiscal, foi efetivamente lançada, embora em datas posteriores ao seu vencimento, mas reconhece que deixou de escriturar parcela do ICMS pago, o que, em seu entendimento, não teve consequência em seu Caixa, pois ele dispunha de saldo suficiente para suportar o pagamento dos valores em questão.

Argumenta ainda que cerca de 80% das mercadorias que comercializa são tributadas à alíquota de 7% e requer que, como não é possível determinar qual a alíquota aplicável, seja seguida a orientação do art. 112 do CTN, segundo o qual a lei que define infrações ou que comina penalidade deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado, quando há dúvidas.

Afirma que o autuante não considerou, como crédito fiscal, o valor do ICMS destacado nas notas fiscais que supostamente não foram escrituradas, o que vai de encontro à regra da não cumulatividade prevista no § 2º do artigo 155 da Constituição Federal.

Finalmente, pede a Procedência Parcial do Auto de Infração, “*caso seja vencida a preliminar suscitada*”.

O autuante, em sua informação fiscal (fl. 503), contesta as alegações defensivas dizendo que, além dos documentos anexados ao processo, o contribuinte dispôs dos demais, de modo que não foram anexados por não haver necessidade, obedecendo aos princípios legais. Aduz que os valores de contas de água, energia e telefone foram lançados com base em contas anteriores, por falta das contas reais. Considera que caberia ao contribuinte apresentar aqueles documentos, e se não o fez é porque certamente os valores lançados são inferiores aos reais.

No mérito, observa que o contribuinte não anexou aos autos prova de que é inadimplente. Quanto aos pagamentos parciais apresentados pela defesa, diz que o levantamento fiscal “*se refere ao total não lançado ou parte, do qual o caso pertence*” [sic]. No tocante aos créditos reclamados pela defesa, o fiscal rebate aduzindo que a utilização de créditos fiscais extemporâneos está prevista no art. 101 do RICMS/97.

O processo foi remetido em diligência para depuração dos fatos atinentes à infração 2 (fls. 506 a 508), solicitando-se ao autuante que anexasse as cópias das notas fiscais. Quanto às despesas com água, energia, telefone e tributos pagos e não contabilizados, foi determinado, pelo órgão julgador de Primeira Instância que se intimasse o contribuinte a apresentar os comprovantes dos efetivos pagamentos. Deveria, ainda, ser averiguado se realmente os débitos foram pagos, ou se encontravam pendentes. Tendo em vista o que foi dito pelo autuante na informação fiscal, ao se referir aos demonstrativos apresentados pela defesa relativos a duplicatas quitadas e outros documentos, explicando o autuante que o levantamento “*se refere ao total não lançado ou parte, do qual o caso pertence*”, foi solicitado na diligência que o autuante analisasse se os pagamentos apresentados pela defesa tinham ou não influência no levantamento dos saldos credores, ou seja, se os valores pagos foram considerados no efetivo mês do pagamento no levantamento fiscal. Foi solicitado, ainda, na diligência, que o autuante anexasse cópias dos balanços gerais de 2000 e

2001, caso a empresa houvesse escriturado o Diário. Por fim, foi também pedido que, com base nos elementos constantes nos autos, a ASTEC efetuasse a revisão dos cálculos, segundo os critérios de praxe nesse tipo de procedimento.

Em face das solicitações contidas na diligência, o fiscal autuante informou (fl. 529) que o contribuinte não apresentou as notas fiscais de entrada, mas consta nos autos cópia do Registro de Entradas, onde elas estão escrituradas, e cópia do livro Caixa, onde se pode verificar a falta do registro de pagamentos. Diz que o contribuinte também não apresentou as despesas com água, energia e telefone, ponderando que, quando o contribuinte não escritura tais despesas ou não apresenta ao Fisco os pagamentos realizados, somente restava à fiscalização lançar “valores aproximados” daqueles que foram pagos, por não ser possível apurar quais os valores efetivamente não escriturados. Informa que o contribuinte não apresentou balanços. Os títulos protestados são relativos ao ano de 2003. Diz que foram lançados e considerados os pagamentos parciais e o que se apurou foi com relação à parte não paga, de modo que o que foi apresentado pelo contribuinte não afeta o que foi levantado.

Dando prosseguimento à diligência, a ASTEC efetuou a revisão dos cálculos (fls. 531 a 534), com base nos elementos constantes nos autos. O diligente, depois de comentar o método adotado pelo autuante, passa a discorrer sobre as condições em que o processo se encontra. O autuante não anexou as notas fiscais e as contas de água, energia, telefone e impostos porque o contribuinte não apresentou os referidos documentos. Quanto à inadimplência do contribuinte perante o Fisco, realmente, de acordo com os documentos anexados, expedidos pela Receita Federal, a empresa se encontra inadimplente com parcelas do Simples no período de março de 2000 a dezembro de 2001. No que concerne à inadimplência para com fornecedores, a empresa apresentou uma relação de títulos protestados, sendo que tais títulos venceram no período de março a julho de 2003, não havendo nenhuma evidência de que tenham relação com os fatos objeto do levantamento fiscal, o mesmo ocorrendo no tocante à relação de cheques sem fundos emitidos pelo autuado no ano de 2003. Com relação ao demonstrativo de duplicatas quitadas, apresentado pela defesa, os valores das citadas duplicatas foram considerados, no levantamento do saldo de Caixa, pelos pagamentos de acordo com as datas do vencimento lançadas no livro Caixa, ou seja, foi computado desembolso do Caixa no dia do lançamento, não havendo, portanto, erro no procedimento quanto ao levantamento do Caixa, no que se refere à tempestividade do pagamento das duplicatas.

Finalmente, o diligente elabora novos demonstrativos e conclui que não foi possível analisar os documentos fiscais porque o contribuinte não os apresentou. No tocante aos pagamentos de tributos, diz que os impostos federais não pagos afetam o levantamento fiscal apenas nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2001 e de julho de 2002 e que as duplicatas apresentadas pelo contribuinte não dizem respeito ao período objeto do levantamento fiscal.

O autuante foi cientificado da diligência, mas não se pronunciou (fl. 536).

O contribuinte manifestou-se (fls. 540 a 542) insistindo nas alegações preliminares de sua defesa inicial e reafirmando o reconhecimento do débito apontado na infração 1 do Auto de Infração.

No que concerne à infração 2, argumenta que o fato de sua situação econômico-financeira levá-lo a deixar de cumprir algumas obrigações acessórias não tem o condão de lançar sobre si a imputação de prática ilícita. Argumenta que o fisco se baseou na presunção de que os débitos levantados foram pagos, mas na realidade a empresa não quitou as despesas ou obrigações, objeto da autuação, pois não tinha recursos suficientes. Aduz que, por se tratar de empresa familiar, por vezes suas contas são pagas com rendimentos não pertencentes à empresa, mas aos membros da família, oriundos de aluguéis ou atividades profissionais autônomas. Insiste também

nas considerações feitas na defesa originária, a respeito da alíquota aplicável neste caso e à questão do crédito fiscal relativo às notas fiscais objeto do levantamento.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal procedeu ao julgamento deste Auto de Infração, por meio do Acórdão nº 0033/01-04 (fls. 547 a 552), decidindo pela procedência do primeiro item da autuação e pela procedência em parte da infração 2.

O contribuinte, intimado da Decisão da 1ª JF, interpôs Recurso Voluntário (fls. 558 a 561). A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal proveu o Recurso e decidiu pela nulidade do julgamento proferido pela Primeira Instância (fls. 571 a 573), considerando que o julgador *a quo* deixou de apreciar as alegações defensivas, relativas à aplicação da alíquota de 7%, pelo fato de o contribuinte comercializar preponderantemente com produtos da cesta básica, e à falta de consideração dos créditos fiscais oriundos de notas fiscais não escrituradas pelo autuado.

O PAF foi encaminhado à 3ª Junta de Julgamento Fiscal por determinação da 2ª CJF “para apreciação do quanto alegado pela defesa”, “limitando-se o exame às questões não enfrentadas pelo relator da 1ª Instância”, conforme o constante no Acórdão CJF nº 0060-12/04.

O autuado e o autuante foram cientificados do Acórdão CJF nº 0060-12/04 (fls. 575 e 576).

O julgador emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, ressalto que, de acordo com a Decisão prolatada pela Egrégia 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF nº 0060-12/04, o presente PAF retornou à Primeira Instância, apenas e tão somente, “para apreciação do quanto alegado pela defesa”, “limitando-se o exame às questões não enfrentadas pelo relator da 1ª Instância”.

O relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, segundo o entendimento da Segunda Instância, deixou de enfrentar duas alegações apresentadas pelo contribuinte, conforme o voto do relator da 2ª CJF, Sr. Tolstoi Seara Nolasco, a seguir transcrito:

VOTO

*Analisando o Acórdão elaborado pelo julgador de 1ª Instância, observei que o mesmo, ao fundamentar seu voto, enfrentou apenas as questões relacionadas aos documentos vinculados ao cometimento da infração, expurgando da exigência fiscal as parcelas que estavam sem lastro documental nos autos, mais especificadamente, as despesas de energia elétrica, água e telefone, em relação aos quais o autuante não fez juntada ao processo dos correspondentes recibos. **Acontece que nas razões de defesa, o impugnante argüiu que comercializa, preponderantemente, com mercadorias da “cesta básica, tributadas pela alíquota de 7%, além de formular pedido específico em relação aos créditos fiscais, não computados pelo autuante, com referência às notas fiscais integrantes do levantamento que compõem a autuação. Apesar dessas duas últimas questões constarem no relatório da Decisão “a quo”, as mesmas não foram enfrentadas no voto do relator, razão pela qual o julgamento de 1ª Instância padece de um vício insanável, incidindo em nulidade da Decisão, conforme prescreve o art. 18, inc. III, do RPAF/99. A Decisão administrativa que não enfrentar todas as questões suscitadas na impugnação ou no Recurso é nula, pois carece de fundamentação em relação aos pontos em que houve omissão. Houve afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa, que integram o devido processo legal. Além disso, a Câmara de Julgamento Fiscal fica impedida de apreciar os pontos omitidos pelo relator “a quo”, face à impossibilidade de supressão de instância. Por isso, acompanho o opinativo da Douta Procuradoria Estadual, e voto pela nulidade da Decisão de 1ª Instância, devendo os autos retornar à Junta de Julgamento Fiscal para apreciação do quanto alegado pela defesa. (grifos não originais).***

O relator da 1ª Junta de Julgamento Fiscal prolatou o seu voto, no Acórdão JJF nº 0033-01/04, nos seguintes termos:

VOTO

O item 1º não está em discussão, haja vista que o sujeito passivo reconheceu a dívida. A questão resume-se ao 2º item, que diz respeito à falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias apurada através de saldos credores na conta Caixa. Os saldos tornaram-se credores após o levantamento, pelo fisco, de aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos e despesas de água, energia e telefone, circunstância que autoriza a presunção de que os pagamentos foram feitos com recursos decorrentes de vendas de mercadorias não declaradas na contabilidade e, portanto, não tributadas.

O contribuinte reclama que o autuante não anexou aos autos os documentos fiscais das compras de mercadorias, nem as contas de água, energia e telefone, nem as guias de tributos pagas. Alega que os pagamentos não foram contabilizados pelo fato de não terem sido pagos, haja vista que a empresa se encontra inadimplente perante o fisco estadual, o fisco federal e seus fornecedores.

O questionamento da defesa precisa ser analisado como preliminar. De fato, o autuante deveria ter anexado ao Auto de Infração, no ato da lavratura, cópias de todos os elementos em que se baseou na ação fiscal. É insustentável a explicação dada na informação fiscal de que não anexou as notas fiscais **“por não haver necessidade”** pelo fato de o contribuinte dispor das primeiras vias. As provas devem ser postas nos autos, não importa se o contribuinte dispõe ou não de cópias delas. A diferença é que, em se tratando de elemento do qual o contribuinte disponha, não é necessário fornecer-lhe cópia no ato da intimação. Mas, repito, todas as provas precisam estar nos autos, não somente para convicção do sujeito passivo, em face dos princípios da ampla defesa e do contraditório, mas também para formação de juízo do órgão julgador, em atendimento ao princípio do devido processo legal. Além disso, é de bom alvitre que as provas sejam anexadas atendendo a alguma ordem ou critério. No presente caso, analisando os documentos às fls. 243 a 289, percebe-se que muitos documentos não parecem ter correlação com o Auto de Infração, e os que têm correlação se encontram dispersos, sendo difícil sua localização.

Porém o mais grave é a questão das despesas com água, energia e telefone. Na informação fiscal, o autuante diz que as contas de água, energia e telefone foram lançados com base em “contas anteriores”, por falta de apresentação das contas reais. Ora, isto é arbitramento. E, sendo arbitramento, o débito teria de ser apurado de acordo com os métodos do art. 938 do RICMS/97. Não se admite que simplesmente se apurem os valores em função dos valores “aproximados”, com base em “contas anteriores”.

Deverão ser excluídos do levantamento fiscal os valores das despesas com energia, água e telefone em relação aos quais não foram anexados pelo fiscal os documentos correspondentes. Ficam, contudo, mantidos os valores que foram contabilizados pela empresa, pois se o contribuinte os escriturou é porque os documentos decerto existem. Também ficam mantidos os valores relativos a aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos. Levando em conta as aludidas despesas a partir de janeiro de 2001 até dezembro de 2002, especifico no quadro a seguir as parcelas a serem excluídas da base de cálculo:

DATA	ÁGUA	TELEFONE	ENERGIA	SOMA
JAN-01	16,00	250,00		266,00

FEV-01	16,00	250,00		266,00
MAR-01	16,00	250,00		266,00
ABR-01	16,00	250,00		266,00
MAI-01	16,00	250,00	1.100,00	1.366,00
JUN-01	16,00	250,00		266,00
JUL-01	16,00	250,00		266,00
AGO-01	16,00	250,00		266,00
SET-01	16,00	250,00		266,00
OUT-01	16,00	250,00		266,00
NOV-01	16,00	250,00		266,00
DEZ-01		250,00		250,00
JAN-02	17,88	250,00	1.200,00	1.467,88
FEV-02		250,00	1.200,00	1.450,00
MAR-02		250,00		250,00
ABR-02	17,88	250,00		267,88
MAI-02		250,00		250,00
JUN-02	26,00	250,00		276,00
JUL-02	26,00	250,00	1.400,00	1.676,00
AGO-02		250,00		250,00
SET-02		250,00		250,00
OUT-02		250,00		250,00
NOV-02	26,00	250,00		276,00
DEZ-02		250,00		250,00

O Demonstrativo de Débito deverá ser feito com base nas seguintes indicações, excluindo-se os valores acima especificados, tomando por ponto de partida o resultado da diligência às fls. 534-535, e refazendo o cálculo das aludidas despesas a partir de janeiro de 2001 até dezembro de 2002:

DATA OCORR.	DATA VENC.	B. CÁLC. ORIGINÁRIA	VALORES A SEREM EXCLUÍDOS	B. CÁLC. REMANESCENTE	ICMS
31/07/01	09/08/01	31.185,19	2.962,00	28.223,19	4.797,94
31/08/01	09/09/01	5.414,82	266,00	5.148,82	875,30
30/11/01	09/12/01	14.575,51	798,00	13.777,51	2.342,18
31/12/01	09/01/02	29.303,95	250,00	29.053,95	4.939,17
31/01/02	09/02/02	12.907,25	1.467,88	11.439,37	1.944,69
28/02/02	09/03/02	10.428,97	1.450,00	8.978,97	1.526,42
31/03/02	09/04/02	9.097,09	250,00	8.847,09	1.504,01
30/04/02	09/05/02	16.946,00	267,88	16.678,12	2.835,28
31/05/02	09/06/02	10.096,06	250,00	9.846,06	1.673,83
30/06/02	09/07/02	22.532,19	276,00	22.256,19	3.783,55
31/07/02	09/08/02	9.112,85	1.676,00	7.436,85	1.264,26
31/08/02	09/09/02	32.018,32	250,00	31.768,32	5.400,61
30/09/02	09/10/02	31.459,57	250,00	31.209,57	5.305,63
31/10/02	09/11/02	9.836,27	250,00	9.586,27	1.629,67
30/11/02	09/12/02	17.630,55	276,00	17.354,55	2.950,27
31/12/02	09/01/03	38.316,06	250,00	38.066,06	6.471,23
TOTAL					49.244,05

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.”

Assim, em atendimento ao que foi ordenado pela Segunda Instância do CONSEF, passo a apreciar as duas questões levantadas pelo autuado, as quais não foram enfrentadas pelo órgão julgador a quo:

- 1. o argumento de que seu estabelecimento comercializa, preponderantemente, com mercadorias da cesta básica, tributadas à alíquota de 7%;*

2. o pedido de consideração, como créditos fiscais não computados pelo autuante, do ICMS destacado nas notas fiscais não escrituradas em seus livros fiscais.

Quanto à primeira alegação defensiva, devo ressaltar que se está exigindo o imposto devido, na infração 2, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da constatação de saldo credor na conta Caixa.

Consoante o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a 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 ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Dessa forma, a existência de saldo credor de Caixa autoriza a presunção legal de que o contribuinte, em momento anterior às aquisições, promoveu saídas de mercadorias tributáveis sem documentos fiscais, ressalvada a prova da Improcedência da presunção, o que aconteceu apenas em parte nesta autuação.

Levando em consideração que se trata de uma presunção legal, deve ser aplicada a alíquota normal para se calcular o tributo, a não ser que fique demonstrado, sem sombra de dúvidas, que o contribuinte somente comercializava com determinado tipo de mercadoria tributado a uma alíquota inferior, o que não é o caso dos autos, a meu ver.

É interessante trazer à colação, o voto exarado pelo Sr. Carlos Fábio Cabral Ferreira, Conselheiro da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, no Acórdão CJF nº 0026-12/03, sobre esta mesma matéria:

VOTO

(...)

Quanto ao mérito, naquilo que pertine à infração 1, é importante salientar que no período abrangido pela ação fiscal o recorrente era inscrito como contribuinte normal e não como microempresa conforme quer fazer crer em seu Recurso Voluntário.

A exigência fiscal encontra lastro no § 4º, art. 4º da Lei nº 7.014/96, vez que decorreu de pagamentos não registrados, sendo efetuada a reconstituição do Caixa da empresa do recorrente e apurado, nos meses autuados, insuficiência de saldos para comportar os pagamentos efetuados, o denominado saldo credor de Caixa. Tudo isto está fartamente demonstrado e comprovado nos autos, enquanto que o recorrente não apresenta qualquer fato concreto e objetivo, muito menos documentos ou demonstrativos que possam desconstituir a exigência fiscal. Nesta condição é totalmente inócuo e insustentável o pedido de diligência formulado, o qual fica aqui negado. A menção de que teria ocorrido “injeção de valores” pelo sócio não se confirmou, pois não foram juntados aos autos documentos que comprovassem a existência de empréstimos efetuados pelo sócio bem como o efetivo ingresso no estabelecimento dos numerários imaginados.

O argumento de que foi aplicada a alíquota de 17% em empresa que também pratica algumas operações com a alíquota de 7% é inoportuno já que, nas exigências fiscais decorrentes de presunções legais que as autorizam, como a constante no presente Auto de Infração, deve-se utilizar a alíquota interna já que, em se tratando de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, alcançadas por presunção não elidida pelo sujeito passivo, não há como se separar o tipo de operação para aplicar-se outra alíquota senão aquela vigente para as operações internas, o que foi feito de forma correta pela autuante.

(...)

Pelo exposto, rejeito a primeira alegação do contribuinte, por não encontrar respaldo na legislação em vigor, devendo ser aplicada à alíquota de 17%, nos moldes em que foi feita na Decisão anterior de 1ª Instância.

Relativamente ao pedido do sujeito passivo, de dedução, no valor do débito, do ICMS destacado nas notas fiscais não escrituradas em seus livros, a título de crédito fiscal, também não há como ser acatado. Ressalto que se exige o imposto estadual na infração 2, como descrito acima, tendo em vista que a existência de saldo credor de Caixa autoriza a presunção legal de que o contribuinte, em momento anterior às aquisições, promoveu saídas de mercadorias tributáveis sem documentos fiscais, ressalvada a prova da improcedência da presunção.

Sendo assim, não há como se atribuir créditos fiscais porque o fato gerador do imposto não é à entrada das mercadorias, mas, ao contrário, é a saída de mercadorias tributáveis que foram omitidas anteriormente do Fisco e que geraram receita para a realização de aquisições de mercadorias e de pagamentos de despesas do estabelecimento.

Por tudo quanto foi exposto, voto pela Procedência Em Parte do Auto de Infração, ficando mantido o débito apontado na Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal, por meio do Acórdão JJF nº 0033-01/04.”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente insiste na arguição da preliminar levantada, com as mesmas alegações sustentadas na defesa. Diz que a 1ª Instância acatou a preliminar de forma parcial e tímida, quanto ao resultado do débito referente à infração 2, limitando-se a excluir do levantamento os valores correspondentes às supostas contas de água, energia e telefone, sendo que todos os demais valores levantados como base de cálculo do tributo foram eivadas dos mesmos vícios repudiados na Decisão prolatada, por falta de provas para dar-lhes consistência, e as provas juntadas não têm correlação com o Auto de Infração.

No mérito, reconhece a infração 1, acrescentando que, para efeito de reflexão, a sanção aplicada, prevista no artigo 42, III da Lei nº 7.014, estabelece penalidade de 70% sobre o valor do imposto apurado e não recolhido tempestivamente. E mais, com referência à infração 02 que o imposto apurado, crédito tributário, advém da aplicação de uma das alíquotas estabelecidas nos arts. 50 e 51, I, II do RICMS, pois o recorrente pratica basicamente a venda de produtos da cesta básica. Reitera que o autuante não considerou os créditos das notas fiscais de entrada para efeito de compensação., contrariando o disposto no art 155 da C.F.

A PGE/PROFIS opina pelo Improvimento do Recurso Voluntário, sob a fundamentação de que o recorrente não apresentou nenhum fato novo ou documentos capazes de elidir ou modificar a Decisão recorrida.

VOTO

Inicialmente, a preliminar de nulidade não tem sustentação, visto que se confunde com o mérito da autuação, adequadamente analisado pela Decisão “a quo”. As irregularidades apontadas pelo contribuinte foram devidamente sanadas pelo julgador. Rejeito a preliminar.

No mérito, a JJF promoveu todos os meios necessários e adequados à apuração do débito tributário, corrigindo adequadamente as irregularidades apontadas pelo contribuinte, importando em redução do valor do tributo a ser pago. Com relação à alíquota, agiu corretamente o julgador ao aplicar 17%, já que em se tratando de saídas de mercadorias tributáveis, alcançadas por presunção não elidida, não há como se separar o tipo de operação, a não ser que o contribuinte

trouxesse provas ao processo que possibilitassem tal apuração, o que não ocorreu. Quanto ao pedido de dedução do ICMS destacado em notas fiscais não escrituradas, não há como acatar, porque o fato gerador do imposto não é a entrada, mas as saídas de mercadorias tributáveis que foram omitidas anteriormente e com conseqüente geração irregular de receitas.

Por todas essas razões, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para manter a Decisão recorrida, pela procedência parcial da autuação.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **298942.0006/02-8**, lavrado contra **SUPERMERCADO VIDA LTDA.**, devendo o recorrente ser intimado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$50.289,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.045,64 e 70% sobre R\$49.244,04, previstas no art. 42, II, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS