

A. I. Nº - 298942.0006/02-8
AUTUADO - SUPERMERCADO VIDA LTDA.
AUTUANTE - HELDER RODRIGUES DE OLIVEIRA
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 19.02.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033/01-04

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Fato reconhecido pelo sujeito passivo. 2. 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 de fato existem. Também ficam mantidos os valores relativos a aquisições de mercadorias e pagamentos de impostos. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/4/03, cuida dos seguintes fatos:

1. recolhimento de ICMS efetuado a menos em virtude de divergência entre os valores recolhidos e os escriturados no livro de apuração, sendo lançado imposto no valor de R\$ 1.045,64, com multa de 60%;

2. falta de recolhimento de ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias apurada através de saldos credores na conta Caixa, sendo lançado imposto no valor de R\$ 51.707,92, com multa de 70%.

O contribuinte defendeu-se dizendo reconhecer o débito do 1º item do Auto de Infração.

No tocante ao 2º item, pede a nulidade do procedimento, alegando falta de clareza na descrição e demonstração dos fatos. Reclama que o fiscal se limitou a relacionar os pagamentos que não teriam sido contabilizados, mas não apresentou os documentos que corroborariam a acusação, de modo a provar que os pagamentos foram feitos. A defesa alega que tais pagamentos não foram efetuados, pois a empresa se encontra inadimplente com os fiscos estadual e federal, bem como com fornecedores. Argumenta que, se os pagamentos não foram feitos, não pode haver documentos de quitação, e muito menos lançamentos de Caixa. Além disso, alguns dos pagamentos apontados no levantamento fiscal como não lançados encontram-se efetivamente escriturados. Questiona a aplicação da alíquota de 17%, argumentando que 80% de suas operações dizem respeito a produtos da cesta básica, cuja alíquota é de 7%. Pede 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. Reclama, por fim, que o fiscal não abateu o crédito relativo às Notas Fiscais objeto do levantamento em questão.

O fiscal autuante prestou informação dizendo que, além dos documentos anexados ao processo, o contribuinte dispõe dos demais, de modo que não foram anexados por não haver necessidade, obedecendo aos princípios legais. Aduz que as contas de água, energia e telefone foram lançadas 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. Observa que o contribuinte não anexou aos autos prova de que é inadimplente. Quanto aos pagamentos parciais apresentados pela defesa, o autuante 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 contrapõe 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 ao 2º item do Auto de Infração, solicitando-se que o fiscal autuante anexasse as cópias das Notas Fiscais. Quanto às despesas com água, energia, telefone e tributos pagos e não contabilizados, deveria ser intimado o contribuinte a apresentar os comprovantes dos efetivos pagamentos. Deveria, ainda, ser averiguado se realmente os débitos foram pagos, ou se se encontram 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 têm 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 solicitado 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 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, não resta à fiscalização senão 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, 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, com base nos elementos constantes nos autos. O revisor, depois de comentar o método adotado pelo autuante, passa a comentar 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. Conclusão: não foi possível analisar os documentos fiscais porque o contribuinte não os apresentou; no tocante aos pagamentos de tributos, os impostos federais não pagos afetam o levantamento fiscal apenas nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2001 e de julho de 2002; as duplicatas apresentadas pelo contribuinte não dizem respeito ao período objeto do levantamento fiscal. O revisor elaborou demonstrativos da revisão do lançamento.

Foi mandado dar ciência da revisão ao contribuinte e ao fiscal autuante.

O contribuinte manifestou-se dizendo que insiste nas alegações preliminares de sua defesa inicial. Reafirma o reconhecimento do débito do item 1º do Auto de Infração. No que concerne ao 2º item, argumenta que o fato de sua situação econômico-financeira leva-lo a deixar de cumprir algumas obrigações acessórias não tem o condão de lançar sobre si a imputação de prática ilícita. Diz que o fisco se baseia na presunção de que os débitos levantados tivessem sido pagos, mas na realidade a empresa não pagou as despesas ou obrigações objeto da autuação, pois não tinha recursos suficientes. Por tratar-se de empresa familiar, por vezes suas contas foram 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 objeto do levantamento.

O fiscal autuante não se pronunciou.

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 lançadas 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 da 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, específico no quadro a seguir as parcelas a serem excluídas da base de cálculo:

MÊS	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 do Débito deverá ser refeito 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					49.244,04

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298942.0006/02-8**, lavrado contra **SUPERMERCADO VIDA LTDA.**, devendo o autuado ser intimado a efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 50.289,68**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 1.045,64 e de 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, 11 de fevereiro de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – RELATOR

MÔNICA MARIA ROTERS – JULGADORA