

A. I. Nº - 281077.0005/03-8
AUTUADO - CARLOS ALBERTO QUEIROZ
AUTUANTE - ANDRÉA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 18.06.04

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208/01-04

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR DE CAIXA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Entretanto, como o sujeito passivo encontra-se enquadrado no SimBahia, os créditos fiscais devem ser apurados conforme determinação da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/02. Infração caracterizada, porém com valor do imposto a menos do que aquele apurado. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Após revisão, diminuído o débito originalmente apurado. Não acatadas as arguições de nulidade. Rejeitado pedido de diligência Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/09/03, cobra o imposto no valor de R\$114.602,76, acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência:

1. Omissão de saída de mercadorias, apurada através de saldo credor na Conta Caixa (exercícios de 2001 e 2002) – R\$100.529,05;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (janeiro, março, julho e agosto de 2001, fevereiro a abril de 2002, julho de 2002 e outubro de 2002) - R\$14.073,71.

O autuado (fls. 831/862) apresentou defesa, arguindo três preliminares de nulidade prejudiciais ao mérito da acusação.

Na primeira afirmou não existir prova da ocorrência do fato gerador do imposto com base no art. 18, IV, “a”, do RPAF/99. Relatou que havia recebido cópia do Auto de Infração, com uma série de demonstrativos, porém não sabia como a auditora havia apurado o valor levantado. Que com esta cópia havia um Anexo V, intitulado “Demonstrativo das Compras”, onde a fiscal fez referências à “fotocópias das Notas Fiscais”. No entanto, só lhe foram entregues cópias dos demonstrativos. Não foram, absolutamente, entregues cópias das Notas Fiscais em que supostamente se baseou o Auto de Infração. Disse que este fato somente foi percebido quando seu prazo de defesa já se encontrava praticamente esgotado, pois ficou bastante difícil impugná-lo, já que não lhe foi dada nenhuma

explicação quanto à fonte dos dados, base da autuação. Somente depois, percebeu que eram notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT, que, soube, se tratava de um sistema informatizado através do qual o Estado controla as notas fiscais retidas pela fiscalização do trânsito. Somente após tal informação percebeu o motivo da acusação.

Negou veementemente ter realizado tais compras. Sendo uma microempresa, jamais teria condições de fazer compras na quantidade indicada. As suas foram aquelas rigorosamente declaradas ao fisco. Assim, não aceitava, não admitia e não poderia responsabilizar-se por compras que não fez.

Continuando com sua argumentação, disse não dispor de elementos para defender-se, vez que sem os documentos fiscais, apenas poderia fazer suposições sobre uma exigência fiscal imposta unilateralmente pelo Estado, sem explicação quanto à fonte onde o fisco colheu os dados levantados.

Entendeu que o fato gerador do ICMS não se verifica pelo simples fato de que tenham sido capturadas notas fiscais pelo CFAMT, emitidas ninguém sabe por quem, "destinadas" supostamente à empresa autuada. Tampouco poderia ser capitulado, o fato em discussão, no art. 39, que regula a responsabilidade solidária, nem lhe dar a condição de responsável por substituição tributária, pois o art. 353 do Regulamento não prevê essa possibilidade. Assim, juridicamente não havia infração.

Trazendo à lide comentário do jurista Feijó Coimbra, a respeito da exigência de tributo com base em meros indícios, afirmou que o lançamento tributário não pode basear-se em mera probabilidade de que tenha ocorrido o fato gerador do tributo. Compete ao fisco demonstrar, de forma fática, que as operações (saídas de mercadorias) foram realizadas.

Em seguida, discorreu, de maneira minuciosa, sobre o princípio da estrita legalidade tributária, do dever jurídico do fisco de provar a infração (neste sentido citou comentário do Prof. Alberto Xavier) e que, embora as presunções sejam importantes como indícios, jamais podem valer por si mesmas, a não ser nos casos especificamente previstos em lei. Elas não podem assumir, afirmou, o lugar da verdade, invertendo-se, com isso, o ônus da prova, colocando o contribuinte na situação processualmente inadmissível de provar a negativa. Além do mais, presunções de saídas não são saídas, uma vez que não restava provada a ocorrência de saídas de mercadorias, quer se tratasse de saídas reais, quer de saídas simbólicas, quando existe a transmissão da propriedade das mercadorias ou de título que as representasse.

Como segunda preliminar alegou a falta de entrega dos elementos de prova ao sujeito passivo. Citando as determinações do art. 46 e art. 18, II, do RPAF/99 reafirmou sua irresignação de não terem sido entregues à empresa cópias das notas fiscais que o fisco porventura tenha capturado através do CFAMT. Isto o impedia de defender-se adequadamente e tomar as devidas providências contra os emitentes dos documentos, configurando absoluto cerceamento de defesa, constituindo-se em um vício insanável, não podendo, inclusive, se falar em reabertura de prazo de defesa, pois a incorreção não se tratou de omissão eventual e sim de uma omissão substancial da acusação.

Nesta linha de raciocínio, dissertou sobre como deve ser realizada uma acusação, sobre o princípio do contraditório, trazendo decisões do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo e sobre a condição vinculada à lei da atividade fiscal. Afirmou que ao ocultar do impugnante os elementos essenciais da acusação, o procedimento fiscal foi fulminado por um vício gravíssimo, que o inquinava de nulidade absoluta, por cercear de defesa.

Em seguida, continuou a explanar seu entendimento sobre o direito à ampla defesa, observando que se atentasse bem para o adjetivo "ampla", pois no seu caso, poderia ser dado o prazo que fosse, continuaria havendo cerceamento de defesa, já que não sabia do que estava sendo acusado. Ao

realizar um arbitramento com base em notas fiscais que teriam sido capturadas pelo CFAMT, sem se saber quais os fornecedores, quais os documentos, quais as mercadorias, era o mesmo que não dizer nada. Explicou, ainda, seu entendimento sobre ato nulo e ato anulável para afirmar que se o ato contém um vício que afeta a sua substância, não tem conserto, sendo nulo desde a origem.

Como terceira preliminar, disse que a autuação era nula pela inexistência do Termo de Início de Fiscalização. Afirmou que o existente foi lavrado em 28/7/2002 e o Auto de Infração lavrado em 26/9/2003. Neste sentido fez ampla explanação sobre a importância do referido termo em um processo administrativo fiscal e quais os procedimentos legais que o norteiam para a consecução de sua validade. Afirmou, ainda, que não se alegasse, posteriormente, que houve erro de digitação, uma vez que a data foi grafada em algarismo e por extenso. Foi taxativo em afirmar que foi surpreendido por um Auto de Infração sem que, juridicamente, estivesse sob ação fiscal e que este Colegiado tem se posicionado pela nulidade das autuações, diante de fato de igual teor, a exemplo do Acórdão CJF 0310-12/02, cuja ementa transcreveu.

No mérito e na eventualidade do órgão julgador não acolher seu apelo de nulidade do procedimento, aduziu a seguintes as razões de defesa quanto aos fatos.

Quanto ao primeiro item da autuação, afirmou que a descrição dos fatos ia de encontro ao preceito do art. 39, III, do RPAF, segundo o qual a sua descrição, embora sucinta, deve ser feita de forma clara e precisa. Nesta descrição não constava que tivesse havido qualquer fato gerador de ICMS, uma vez que saldo credor de Caixa não é fato gerador de nenhum tributo. Se, porventura, a auditora pretendeu cobrar ICMS por presunção, deveria explicitar essa circunstância, para que o impugnante pudesse exercer sua defesa de forma adequada, não tendo de recorrer, forçosamente, a contador, advogado ou outros especialistas para entender que, um erro de Caixa dá margem à cobrança de imposto. Dizer, simplesmente, que foi apurada omissão de saídas de mercadorias através de saldo credor de Caixa constitui, para um contribuinte inscrito como microempresa, absoluto cerceamento de defesa. Além do mais, desconhecia a base do fisco para concluir que teria havido saldos credor de Caixa. Neste sentido, colocou à disposição de fiscal estranho ao feito os seus documentos fiscais. Negou veementemente que tivesse adquirido as mercadorias objeto dos levantamentos fiscais e, mais uma vez, alegou cerceamento de defesa, conseqüentemente, a nulidade do procedimento fiscal. E, sem aceitar a acusação, apenas para demonstrar a fragilidade do levantamento fiscal, observou que a autuante havia incorrido em erros de cálculo, motivados por diretriz equivocada da Orientação Normativa nº 1, não atentando para a regra introduzida pela Lei nº 8.534/02, que modificou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, ou seja, em se tratando de levantamento de Caixa deve ser concedido o crédito fiscal presumido de 8% sobre as saídas omitidas.

Afora tal equívoco, disse também, que deveriam ser excluídos, para não haver duplicidade de cobrança, os valores relativos às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, tais como charque, leite de coco, açúcar, biscoitos, café, balas, etc, por terem o imposto pago por antecipação e a presunção ora em questão é de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Afirmou, em tese, que se por alguma razão as vendas das referidas mercadorias não foram contabilizadas, este fato se constitui, apenas, em descumprimento de obrigação acessória. Em sendo assim, teria de ser realizada diligência, para se determinar qual o percentual das operações com mercadorias tributáveis e o percentual das mercadorias tributadas por antecipação, de modo a se determinar, nessa proporção, qual o valor que seria efetivamente devido.

Quanto ao segundo item, entendeu sua descrição omissa e imprópria e constava que o débito se referia à aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, "relacionadas nos

anexos 69 e 88", o que implica, mais uma vez, em cerceamento de defesa. O Auto de Infração não tem anexos com os números 69 e 88. Se a autuante pretendeu se referir aos anexos do Regulamento, isso teria de ser dito, pois a descrição do fato, obrigatoriamente, deve ser clara e compreensível. Afirmou que "dizer, simplesmente, que as mercadorias estão relacionadas nos Anexos 69 e 88, relativamente a fatos ocorridos em 2001 e 2002, implica confusão para o contribuinte, pois o Anexo 69 do RICMS/97 diz respeito ao Pedido de Uso ou de Cessação de Uso de Equipamento para Controle Fiscal, elemento que nada tem a ver com o caso presente. E se a auditora se referiu foi ao Anexo 69 do antiquíssimo Regulamento de 1989, tal circunstância teria de ser explicada, para não causar transtornos ao sujeito passivo, obrigando-o a recorrer a especialistas da área para descobrir o que o fisco pretende dele. E, evidentemente, não se aplica o Anexo 69 do Regulamento de 1989 a fatos verificados em 2001 e 2002". Neste contexto, afirmou patente o cerceamento de defesa e a nulidade do lançamento. No seu mérito, dizendo que embora não aceitasse a acusação feita e apenas para demonstrar a fragilidade do levantamento fiscal, observou que a autuante incorreu em uma série de erros de cálculo, como exemplo: na transposição dos valores do demonstrativo do Anexo X para o corpo do Auto de Infração, foram transpostos valores a maior nos meses de julho e agosto de 2001, como demonstrou. Além do mais, houve erro na aplicação da MVA de alguns produtos, também demonstrado.

Por fim, requereu a nulidade do lançamento fiscal ou caso ultrapassadas as preliminares de nulidade fossem feitas às devidas correções do débito. Em seguida requereu a improcedência do Auto de Infração.

A autuante, em sua informação fiscal (fls. 904/906), observou que o impugnante alegava desconhecimento dos valores levantados, porém o levantamento foi baseado nos documentos fiscais apresentados pelo mesmo. Que o anexo V - Demonstrativo das Compras Realizadas se referia às notas fiscais de compras entregues pelo contribuinte à fiscalização para que fossem realizados os roteiros especificados na Ordem de Serviço nº 518487/03.

Entendeu que a perplexidade do impugnante quanto à fiscalização se devia não pela falta de clareza da descrição dos fatos, mas sim que o proprietário da empresa nunca foi encontrado. Todo contato da fiscalização foi feito através do seu contador, seu representante legal. Reafirmou que os demonstrativos estavam claros e representavam a fiel descrição das atividades de compra, venda e desembolsos realizados pelo estabelecimento. Ressaltou que antes da autuação, o representante legal da empresa foi procurado pela fiscalização para esclarecimentos que se fizeram necessários.

Em relação às críticas do impugnante ao Anexo VII - Demonstrativos das compras realizadas e não apresentadas (CFAMT), ressaltou que bastava uma breve verificação neste demonstrativo e nas notas fiscais para perceber que se trataram dos mesmos fornecedores das notas apresentadas pelo contribuinte no Anexo V, bem como dos mesmos tipos de mercadorias comercializadas pelo contribuinte. Assim, entendeu que a infração 1 restou provada, não sendo um indício ou presunção, e as alegações do defendente não tinham embasamento legal que justificasse a nulidade do Auto de Infração.

Com relação à infração na 2, acatou os erros de cálculo cometidos, refazendo o demonstrativo.

Requereu a procedência parcial da autuação.

Chamado à tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 908), o autuado manifestou-se (fls. 910/914), ratificando todos os seus argumentos anteriormente apresentados, principalmente quanto ao princípio da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

Contestou a afirmativa da autuante de que não seria necessária a apresentação de documentos fiscais que, ao findar a fiscalização, seriam devolvidos ao contribuinte. Neste argumento e citando o art. 20 do RPAF/99, referiu-se, unicamente, aos documentos colhidos junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda, negando, mais uma vez, ter sido o autor das compras descritas no anexo VII do Auto de Infração.

Reafirmou a inexistência de saldo credor na conta Caixa e que o Estado tem o dever jurídico de provar a infração e não optar em onerar o contribuinte, indo de encontro ao disposto no art. 112, II, Código Tributário Nacional.

Quanto à infração 2, a autuante havia confirmado os erros de cálculos apontados, refazendo o demonstrativo, o que demonstrava a fragilidade do levantamento. Porém a MVA de charque não era de 60%, mas sim de 23% para as mercadorias oriundas dos Estados do Sul e Sudeste e 16% nos demais Estados, sendo, portanto, o débito do mês de abril/02 de R\$533,45 e não R\$1.395,11. Quanto à MVA de leite de coco, restou controvertida, por não ter o fisco atentado para o fato de que ao produto comprado no atacado incide a MVA de 30% e não a de 60%. Reiterou a existência de erros por aplicação da MVA de biscoitos provenientes de Sergipe que é de 20%, de acordo com o item 12.2.1 do anexo 88 do RICMS.

Fazendo a afirmativa de que o Termo de Fiscalização foi emitido com dados falsos, reiterou seu pedido de nulidade ou de improcedência do Auto de Infração.

Em fase de instrução processual, esta Junta de Julgamento Fiscal baixou os autos em diligência para que o Setor Competente da Repartição Fiscal intimasse o autuado para entregá-lo, contra recibo, cópia das notas fiscais e que constam das fls. 382 a 293, 431 a 519 e 525 a 788, dando ciência ao autuado da reabertura de seu prazo de defesa de 30 dias para que, querendo, pudesse se manifestar (fl. 917).

A solicitação deste Colegiado foi realizada (fl. 919). O autuado tomando ciência manifestou-se (fls. 922/927) discorrendo sobre o princípio da ampla defesa e do contraditório, entendendo que o fato deste Colegiado ter solicitado a sua ciência dos documentos fiscais colhidos junto ao Sistema CFAMT, comprovava o cerceamento de sua defesa, vício que, disse, insanável.

VOTO

Em primeiro lugar é necessário pronunciamento quanto às arguições de nulidade da ação fiscal alegada pelo impugnante.

Na primeira afirmou não existir prova da ocorrência do fato gerador do imposto. Dividiu seu argumento em duas linhas de raciocínio, ou seja:

1. que houve cerceamento do seu amplo direito de defesa e do contraditório por não ter recebido cópia das notas fiscais colhidas junto ao Sistema CFAMT e negou ter realizado as compras apontadas naqueles documentos.
2. que não houve infração, pois não sendo os documentos arrecadados em seu estabelecimento o que poderia ser indicado seriam meros indícios, mas nunca prova do fato, ou seja, do acontecimento do fato gerador do imposto. Pautando-se no princípio da estrita legalidade, afirmou que era do fisco o dever jurídico de provar a infração e que, embora as presunções fossem importantes como indícios, jamais poderiam valer por si mesmas, a não ser nos casos especificamente previstos em lei. Além do mais, presunções de saídas não eram saídas, uma vez

que não restavam provadas as suas ocorrências.

Diante do primeiro argumento apresentando, esta Junta de Julgamento Fiscal, em fase de instrução processual, observou que para apuração das aquisições de mercadorias, que compuseram o saldo credor da conta Caixa, a autuante tomou como base documentos fiscais colhidos junto ao estabelecimento autuado e no Sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda. Os documentos referentes ao exercício de 2001, e acostados aos autos, eram vias do fisco. E para o exercício de 2002, embora a fiscal autuante tivesse dividido as compras em dois blocos (Anexos V e VII do Auto de Infração), aquelas cujos documentos foram colhidos no estabelecimento e as compras, cujos documentos foram entregues pelo CFAMT, as compras, cujas notas fiscais disse a autuante que foram entregues pelo contribuinte, de igual maneira, no processo diversas eram cópias do fisco. Assim, visando não haver cerceamento do amplo direito de defesa do contribuinte, os autos foram baixados em diligência para que fosse dada a conhecer ao sujeito passivo cópias de todos os documentos fiscais colhidos pelo fisco estadual, quando do trânsito das mercadorias, já que as cópias das primeiras vias dos documentos autuados e que se encontram apensados aos autos não existia a necessidade de se dar conhecimento ao sujeito passivo, pois a ele pertencentes. Nesta ocasião foi reaberto prazo de defesa de 30 dias.

Embora com todas estas providências tomadas, o impugnante manteve seu posicionamento em não aceitar os documentos fiscais colhidos pelo fisco estadual. Ainda, argumentou, em sua última manifestação, que como na ocasião da fiscalização a ele não foram apresentados, sendo este ato somente realizado mais de um ano depois do ocorrido, a situação se constituía em vício insanável.

Não tem fundamento legal a alegação do sujeito passivo. De fato, ao não apresentar cópias das notas fiscais que o trânsito de mercadorias desta Secretaria da Fazenda colheu, a autuante cometeu um erro, que poderia levar ao cerceamento de defesa. Entretanto este Colegiado sanou o fato, inclusive devolvendo ao autuado todo o seu prazo de defesa. Se, com estes documentos em mãos, o defendente continua a negar, sem provar, as aquisições das mercadorias neles consignadas, este é outro fato, que não se constitui cerceamento do direito de defesa. Por outro lado, se os documentos apensados ao PAF somente chegaram em suas mãos após seis meses e não mais de um ano, como afirmou o defendente, a lide ainda não estava decidida. A qualquer momento, no decorrer do curso processual, qualquer irregularidade que não implique em vício que afete de maneira irreparável a ação fiscal poderá ser sanada. No caso presente foi o que ocorreu, ou seja, não houve qualquer impedimento ao sujeito passivo de trazer provas aos autos que desconstituísse a infração apurada.

Quanto à afirmativa de que não houve infração, pois os documentos foram colhidos junto ao Sistema CFAMT da Secretaria da Fazenda, se constituíam em mera presunção não prevista em lei, mais uma vez, tenho que discordar da defesa. Os documentos fiscais que deram base à autuação foram colhidos no estabelecimento do autuado (fato não ventilado pelo impugnante) e pela fiscalização de trânsito. No primeiro caso, nada tenho a acrescentar. No segundo, ficou comprovada pelo fisco a circulação das mercadorias no Estado da Bahia, no momento da ocorrência do fato gerador do imposto, estando nelas identificado, com todos os dados do destinatário, no caso, o autuado, estão revestidas de todas as formalidades legais, as mercadorias são condizente com o ramo de atividade do contribuinte e emitidas pelos próprios fornecedores do impugnante. E, analisando as notas fiscais objeto da infração 2, aceita em parte pelo contribuinte, a maioria delas são vias do fisco (3ª e 4ª vias) Assim, entendo que as notas fiscais acostadas ao PAF, entregues à autuante por representante do estado, quando de sua atividade fiscalizadora, são documentos legais e se constituem em prova bastante da existência de operações comerciais realizadas pelo contribuinte. A contraprova para desconstituir o crédito tributário caberia ao autuado, ao contrário de seu

entendimento, pois aqui não se pode falar em inversão do ônus da prova. No mais, não houve qualquer desarmonia com o princípio da estrita legalidade.

O autuado ainda entendeu que presunções de saídas não se constituíam em efetivas saídas, sendo apenas meros indícios. Que as únicas aceitáveis eram aquelas previstas em lei. No caso presente, é a prevista em lei. O art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96 prevê, entre outros, que o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Esta é a acusação da infração primeira do Auto de Infração. E, sem qualquer sentido ser alegada a condição de microempresa para afirmar com isto que não poderia entender o que se cobrava através da presunção legal. Mais uma vez, não posso considerar pertinente o argumento de defesa.

Como segunda preliminar de nulidade à ação fiscal, trouxe o impugnante o argumento de cerceamento de defesa por não terem sido entregues cópias das notas fiscais. Como já me pronunciei sobre esta questão anteriormente, observo, apenas, que não existiu qualquer arbitramento e que não é verdadeira a afirmativa do impugnante de que a empresa autuada não tinha, quando da lavratura do Auto de Infração, qualquer conhecimento dos documentos fiscais. Pelos demonstrativos elaborados pela autuante, os quais o sujeito passivo recebeu cópia, inclusive os anexando aos autos, consta discriminadas todas as notas fiscais (aquelas apresentadas pela empresa e as colhidas junto ao CFAMT) com os respectivos números, datas de emissão, fornecedores, valor, crédito fiscal e a unidade da Federação dos emitentes dos documentos fiscais. Além do mais, no demonstrativo das compras cujos documentos fiscais foram apresentados pela empresa, a autuante ainda o ajustou por vencimento, ou seja, compras com vencimentos no ano de 2001, no de 2002 e no de 2003. Após tal ajuste, elaborou um outro demonstrativo apenas com as compras cujos vencimentos se concretizaram em 2001 e 2002. Ele não teve sim, cópia das notas fiscais. Esta situação foi sanada dentro da legalidade processual.

Em relação à terceira preliminar de nulidade levantada, a discussão se prende ao fato de que no Termo de Início de Fiscalização (fl. 7), a autuante, equivocadamente, grafou a data do início da fiscalização como o dia 28 de julho de 2002 ao invés de 28 de julho de 2003, quando do efetivo começo da fiscalização, em obediência a Ordem de Serviço nº 518.487/03, ou seja, uma Ordem de Serviço emitida no ano de 2003 e não no ano de 2002, conforme consta, inclusive, no discutido termo. O Termo de Intimação (fl. 10) para apresentação de livros e documentos fiscais se deu em 28 de julho de 2003. A empresa atendeu ao pedido. Além deste primeiro Termo de Intimação, existe um segundo, datado de 23 de setembro de 2003, quando foi solicitado o saldo das disponibilidades (Caixa e Bancos) em 31/12/00 e 31/12/01 (fl. 11). Com este simples relato, fica provado que, de fato, houve um erro na grafia do ano indicado no Termo de Início de Fiscalização, porém em momento algum afetou os trabalhos desenvolvidos, não comprometendo a eficácia do procedimento fiscal, produzindo, portanto, todos os seus efeitos jurídicos. Além do mais, friso, o sujeito passivo tinha, e tem, perfeita ciência da época de quando foram iniciados os trabalhos fiscais, sendo impertinente sua afirmativa de que este Termo contém “dados falsos” (fl. 914) e que tenha sido lavrado um ano de dois meses antes da fiscalização, e por não ter havido sua prorrogação, a empresa não se encontrava sob ação fiscal (fl. 853). E, se tudo explanado não fosse bastante, é necessário que seja observada as determinações do art. 26, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) que textualmente determina:

Art. 26. Considera-se iniciado o procedimento fiscal no momento da:

I - apreensão ou arrecadação de mercadoria, bem, livro ou documento;

.....

III - intimação, por escrito, ao contribuinte, seu preposto ou responsável, para prestar esclarecimento ou exibir elementos solicitados pela fiscalização;

Ou seja, nos Termos de Intimações para apresentações de livros e documentos fiscais o ano se encontra corretamente grafado. Desta forma, não existindo, na ação fiscal, os motivos declinados pelo impugnante, de igual forma, rejeito esta preliminar e o Acórdão deste Conselho de Fazenda Estadual trazido para corroborar a tese sustentada pela defesa não serve como paradigma à situação em lide.

Embora trazendo como questão de mérito, o impugnante ainda abordou como nulidade à ação fiscal, o fato da descrição das infrações terem sido feitas de maneira sucinta, em dissonância com as determinações do art. 39, III, do RPAF/99 e que na segunda infração foram citados os Anexos 69 e 88 sem especificação de sua localização na legislação ou mesmo no Auto de Infração.

Não prevalece o argumento de defesa de que as infrações apuradas não estão perfeitamente descritas no corpo do Auto de Infração. Lá, claramente, estão descritas que as irregularidades constatadas se tratam de omissões de saídas tributáveis apuradas através de saldo credor na Conta Caixa e a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição sobre aquisições realizadas em outras unidades da Federação.

Quanto a citação dos Anexos 69 e 88, concordo que a citação destes anexos foi mau colocada. Porém esta situação, que se deve ao Auto de Infração informatizado, não causou qualquer problema de entendimento, vez que o autuado perfeitamente a entendeu e se defendeu.

No mais, rejeitando o pedido de diligência fiscal requerido e adentrando no mérito da acusação, a infração 1, trata das omissões de saídas tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa, conforme determinação do § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96. Afora as questões de nulidades levantadas e já apreciadas, o impugnante observou que a autuante incorreu em dois erros. O primeiro não considerando os créditos fiscais como manda a Lei nº 7.357/98, ou seja, em se tratando de levantamento de Caixa deve ser concedido o crédito fiscal presumido de 8% sobre as saídas omitidas e o segundo que deveriam ser excluídos os valores relativos às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por terem o imposto pago por antecipação, visando não haver duplicidade de cobrança do imposto.

Em relação ao fato do impugnante comercializar, também, com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, esta circunstância, a princípio, não interfere na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, vez que se a escrita da empresa indica saldo credor de origem não comprovada, significa dizer que os recursos aplicados nos pagamentos tiveram a sua origem desconhecida. A legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável. Todavia, se o autuado houvesse comprovado que quase toda sua receita advinha destas mercadorias, esta circunstância poderia ser levada em consideração para apuração do imposto em função da proporcionalidade em relação às mercadorias com tributação. No entanto, não comprovou. Não vejo qualquer motivo para se alegar bitributação.

Quanto ao argumento sobre os créditos fiscais, tem razão o defendente. Em 13/12/02, a Lei nº 8.534/02 alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, dando-lhe nova redação. Por ela, o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos e os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer

outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art 19 da citada Lei). Assim, considerando que os créditos apresentados pela fiscalização foram calculados com base na Instrução Normativa nº 01/02, neste momento refaço o levantamento fiscal dentro do critério determinado pela lei, mantendo em parte a autuação referente a este item no valor de R\$92.037,45.

	2001	2002	TOTAL
RECEITAS OMITIDAS	361.772,99	660.865,30	
ICMS - 17%	61.501,41	112.347,10	
CRÉDITO FISCAL - 8% sobre receitas omitidas	28.941,84	52.869,22	
ICMS A RECOLHER	32.559,57	59.447,88	92.037,45

A infração 2 diz respeito à falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária pelas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime da substituição tributária. A auditoria teve como base notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento do sujeito passivo, bem como notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT. O impugnante embora afirmando não aceitar a acusação pelos motivos já explanados, apontou os seguintes erros no levantamento fiscal.

1. O valor do débito referente a julho de 2001 não era de R\$1.022,44 e sim de R\$1.020,44. A autuante acatou a ponderação de defesa.
2. No mês de agosto de 2001 o somatório do valor do débito no demonstrativo estava incorreto, devendo ser R\$488,35 e não de R\$4.508,79. A autuante concordou com a defesa.
3. A MVA de Charque, a partir de julho de 2001, passou de 60% para 23% para as mercadorias oriundas do Estado Sul e Sudeste e 16% nos demais estados. Assim, o débito do mês de abril de 2002 era de R\$533,45 e não R\$1.395,11. A autuante acatou a defesa.
4. A MVA do leite de coco (suco de frutas), quando o produto é adquirido a atacadista é de 30% e não de 60%. Esta situação refletiu no imposto cobrado no mês de julho de 2001. A autuante não considerou esta ponderação, vez que a mercadoria foi comprada não em atacadista mas sim no fabricante, como pode ser provado pelas notas fiscais apensadas aos autos. Analisando as notas fiscais e onde estão consignadas as compras de leite de coco, ele foi adquirido à indústria SoCôco S/A – Indústria Alimentícia (fls. 814, 815 e 817) e a Frutisa S/A (fabricante do leite de coco Serigy – fl. 830). Nesta situação está correta a autuação.

A MVA de biscoitos provenientes de Sergipe que é de 20%, de acordo com o item 12.2.1 do Anexo 88 do RICMS/97. Esta situação refletia no imposto cobrado no mês de julho de 2001. A autuante não acatou esta ponderação. O item 12.2.1 do Anexo 88 do RICMS/97 trata dos produtos preparados a base de farinha de trigo especificados no subitem 11.4 do inciso II do art. 353, e se subdivide. No item 12.2.1 indica a MVA dos produtos de padaria e pastelaria, o que pode estar incluso os biscoitos, conforme alegou o defendente, porém somente aqueles adquiridos em padarias e pastelarias. O 12.2.3 trata dos produtos da indústria de bolachas e biscoitos. O impugnante adquiriu biscoitos da empresa Produtos Alimentícios Frabise Ltda (Nota Fiscal nº 06672 – fl. 819). Neste caso, a MVA é de 30%. Correta a autuação.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme Demonstrativo de Débito a seguir.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
INFRAÇÃO 1				
10	31/12/01	9/12/02	32.559,57	70
10	31/12/02	9/1/03	59.447,88	70
TOTAL			92.007,45	
INFRAÇÃO 2				
10	31/1/01	9/2/01	5.031,61	60
10	31/3/01	9/4/01	1.051,24	60
10	31/7/01	9/8/01	1.020,44	60
10	31/8/01	9/9/01	488,35	60
10	28/2/02	9/3/02	141,37	60
10	31/3/02	9/4/02	410,41	60
10	30/4/02	9/5/02	533,45	60
10	31/7/02	9/8/02	231,90	60
10	31/10/02	9/11/02	280,84	60
TOTAL			9.189,61	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281077.0005/03-8**, lavrado contra **CARLOS ALBERTO QUEIROZ**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.197,06**, acrescido da multa de 70% sobre o valor de R\$92.037,45, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96 e de 60% sobre o valor de R\$9.189,61, prevista no art. 42, II, “d”, do mesmo diploma legal, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 9 de junho de 2004.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR