

PROCESSO - A. I. Nº 295902.0609/04-1  
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e SUPERMERCADO CINCO ESTRÉLAS LTDA.  
RECORRIDOS - SUPERMERCADO CINCO ESTRÉLAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3º JJF nº 0134-03/05  
ORIGEM - INFRAZ TEIXEIRA DE FREITAS  
INTERNET - 11/08/2005

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO CJF Nº 0262-12/05**

**EMENTA:** ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. INCLUSÃO DO IPI NA BASE DE CÁLCULO PARA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO FISCAL. O art. 55, I, “a” do RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97) determina que não integram a base de cálculo do ICMS o valor do IPI, quando a operação de saída for realizada entre contribuintes deste imposto e relativa a produto destinado à comercialização. Além do mais, o crédito fiscal somente é admitido quando corretamente calculado, dentro das determinações do art. 93, § 5º, do RICMS/97. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO. VENDAS À CONSUMIDOR FINAL ATRAVÉS DE RECEBIMENTOS VIA CARTÕES DE CRÉDITO, LANÇADOS NA ESCRITA CONTÁBIL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Os documentos juntados aos autos, inclusive de ordem contábil, atestam que se tratam de receitas de vendas realizadas pelo estabelecimento autuado e não oferecidas à tributação do ICMS. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Suprimento na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. A não comprovação da origem dos recursos implica a presunção legal de omissão de saída de mercadorias tributáveis. Infração não elidida. 4. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTA FISCAL. a) FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A entrada de bens ou mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não registrados decorrentes de operações anteriores realizadas e também não registradas. Infração elidida em parte. b) PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A auditoria realizada não provou a presunção de omissões de saídas anteriores de mercadorias sem emissão de notas fiscais. Infração insubstancial. c) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% do valor comercial da mercadoria não escriturada. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade argüidas. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão

unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Ofício e Voluntário interpostos contra a Decisão da 3<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal que houvera julgado Procedente em Parte o Auto de Infração referenciado exigindo pagamento de imposto no valor de R\$98.533,09, acrescido de multas, reduzindo a exigência do tributo para o valor de R\$51.378,58.

O referido lançamento aponta as seguintes irregularidades:

1. *Deixou de recolher o ICMS em função de divergência entre os documentos fiscais e os lançamentos nos livros fiscais próprios. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte escriturou o débito do ICMS unicamente com a alíquota de 17% sem considerar o demonstrado nas leituras do ECF, com valor de R\$12.856,45.*
2. *Recolheu a menos ICMS por antecipação (NFs REGISTRADAS) 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, com valor de R\$6.770,40.*
3. *Recolheu a menos ICMS por antecipação (NFs NÃO REGISTRADAS) 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, com valor de R\$971,41.*
4. *Recolheu a menos ICMS em decorrência do desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no Livro de Apuração do ICMS de R\$12.584,07.*
5. *Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas ao ativo fixo do estabelecimento, no valor de R\$269,43.*
6. *Deixou de recolher o ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, nas aquisições de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação destinadas a consumo do estabelecimento, no valor de R\$137,28.*
7. *Utilizou indevidamente crédito de ICMS relativo a mercadorias adquiridas, cujos créditos foram utilizados a maior, ou indevidamente, no valor de R\$11.409,81.*
8. *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através da manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, no valor de R\$6.805,13.*
9. *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, no valor de R\$10.917,80.*
10. *Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, de contas do ativo das quais foram utilizados os Recursos para pagamento, no valor de R\$35.811,28.*

O autuado apresentou impugnação às fls. 758 a 768, refutando todos os itens do Auto de Infração e juntando os comprovantes que julgou pertinentes.

A autuante apresentou Informação Fiscal, fls. 2045 a 2046, analisou todos os itens da defesa, rebateu a maioria, mas acatou, parcialmente, as alegações do autuado, tendo em vista os documentos apresentados e refez os demonstrativos de débito.

Cientificado da Informação Fiscal, o contribuinte apresenta nova defesa contestando a revisão efetuada, reconhecendo apenas o débito da infração 5 que promete recolher

A Decisão de Primeira Instância fundamenta o seu voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme a seguir transcrevo, na íntegra:

*“Apreciando as colocações da defesa, inicialmente nego o pedido de diligência feito, com base no art. 147, I, “a”, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99) tendo em vista meu convencimento sobre a presente lide.*

*Acato a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado quanto a infração 03, tendo em vista que a autuante não juntou ao processo as vias das Notas Fiscais de nº 73.471, 73.472, 7.685 e 47.738 e na segunda informação fiscal ter juntado cópias de notas fiscais enviadas por fax e prometido juntar oportunamente as originais, fato que não ocorreu. Nesses casos, as decisões exaradas pelo CONSEF, exige-se a apresentação das vias originais de notas fiscais coletadas no CFAMT e entrega de cópia das notas fiscais ao autuado. Além do mais, as cópias das notas fiscais apresentadas são pouco legíveis. O procedimento fiscal deverá ser renovado a salvo da incorreção apontada.*

*Quanto as demais infrações, não acato o pedido de nulidade suscitada pelo autuado, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade.*

*No mérito, o Auto de Infração trata de dez infrações. Na informação fiscal a autuante acatou as provas apresentadas pelo autuado em relação à infração 05, tendo o mesmo acatado o demonstrativo apresentado pela autuante à fl. 2051, fica, portanto reduzida de R\$269,46 para R\$212,30.*

*No que se refere às demais infrações verifico, após a análise da acusação, das alegações defensivas e das provas juntadas ao processo, que:*

*INFRAÇÃO 1 – Decorrente da divergência entre os valores constantes dos documentos fiscais e o escriturado no livro fiscal próprio. A autuante apresentou os demonstrativos às fls. 17 a 81, nos quais relacionou os valores diários da leitura Z registrados nos ECFs e notas fiscais emitidas, tendo indicado às alíquotas respectivas de 7%, 17% e 25%, relativas ao período considerado e comparou com os valores escriturados no livro de Registro de Saída de Mercadoria. Indicou por mês as diferenças entre o valor devido e o escriturado no livro.*

*O autuado, por sua vez, na peça defensiva apresentada disse que fez juntar a cópia do livro de Registro de Saída de Mercadorias (fls. 770/771), para comprovar a regularidade dos lançamentos. Verifico que as cópias juntada às fls. 770 e 771 referem-se apenas às saídas escrituradas no período de 12 a 17/01/2002 (fl. 770) e de 29 a 31/01/2002.*

*Constatou que todas as operações foram escrituradas pela alíquota de 17%, tendo apenas escriturado saída a título de “devolução” pela alíquota de 7% para o Estado de Minas Gerais relativo à Nota Fiscal de nº 704 e pela alíquota de 12% relativo a devolução pela nota fiscal de nº 711 para o Estado do Espírito Santo.*

*Observo ainda que as duas notas fiscais foram contempladas no demonstrativo elaborado pela autuante à fl. 22.*

*Pelo exposto, a prova apresentada pelo autuado não se presta para elidir a acusação. Ficam mantidos os valores exigidos na infração 01, com valor total de R\$12.856,45.*

*INFRAÇÃO 2 – Relativo ao recolhimento a menor do ICMS por antecipação, o autuado alegou na defesa que a autuante incluiu no levantamento diversas notas fiscais que já apresentava imposto retido; erro na indicação da MVA e inclusão de nota fiscal de material de consumo. Apresentou também um demonstrativo (fl. 804 a 812) acompanhado das notas fiscais e comprovantes de pagamentos (doc. 11). A autuante acatou os documentos apresentados na defesa e apresentou novo demonstrativo de débito (fl. 2052 a 2053) em que reduziu o valor original de R\$6.770,40 para R\$1.633,31. O autuado não contestou estes valores na defesa complementar apresentada à fl. 2064.*

*Não havendo nenhuma controvérsia, julgo parcialmente procedente esta infração e acato o demonstrativo apresentado pela autuante às fl. 2047, e considero devido o valor de R\$1.633,31.*

**INFRAÇÃO 4** - Relativo ao desencontro dos valores recolhidos e escriturados no RAICMS o autuado alegou que foram pagos os valores de R\$3.450,42 relativo ao mês 01/2002 e o valor de R\$2.209,18 relativo ao mês 12/2003 e que a autuante se equivocou em relação ao valor de R\$5.775,44 relativo ao mês de outubro/2002.

A autuante acatou as provas em relação aos meses de 01/2002 e 12/2003.

Quanto ao mês de outubro/2002, a autuante apresentou o demonstrativo da fl. 87 que apurou valor devido de R\$5.775,44. O autuado apresentou apenas cópia do DAE com valor pago de R\$2.667,29 (fl. 930), relativo a este mês, valor este que foi considerado pela autuante no demonstrativo da fl. 87.

Na defesa complementar apresentada (fl. 2065) o autuado se manifestou em relação ao novo demonstrativo apresentado pela autuante à fl. 2050, tendo ressaltado que a infração foi reduzida em 50%, no entanto não apresentou nenhuma prova que elidisse a infração.

Pelo exposto, não tendo o autuado apresentado outras provas perante a novo demonstrativo juntado à fl. 2050, julgo parcialmente procedente esta infração, com valores devidos de R\$5.784,54 relativo ao exercício de 2002 e R\$1.139,93 relativo ao exercício de 2003 que perfaz um valor de R\$6.924,47.

**INFRAÇÃO 5** – Do ICMS da diferença de alíquota (ativo fixo), o autuado alegou que o valor de R\$57,16 relativo ao mês 11/2003, foi recolhido em DAE separado. A autuante acatou esta alegação e apresentou novo demonstrativo à fl. 2051, reduzindo o valor exigido de R\$269,46 para R\$212,30.

O valor indicado pela autuante foi acatado pelo autuado na defesa complementar. Fica então mantido o débito para R\$212,30.

**INFRAÇÃO 6** - Do ICMS da diferença de alíquota (consumo), o autuado alegou que o valor de R\$39,74 relativo ao mês diz 09/2002 foi recolhido. A autuante acatou tal argumento e no demonstrativo da fl. 2051, reduziu o débito de R\$137,28 para R\$97,55. Na defesa complementar apresentada (fl. 2065), o autuado apenas afirmou que não concorda com o demonstrado, mas não apresentou nenhuma prova, limitando-se a ressaltar o grau de erro da autuante.

Dessa forma, fica mantido o valor remanescente e acato o demonstrativo apresentado pela autuante à fl. 2051, como o devido nesta infração de R\$97,54.

**INFRAÇÃO 7** - Créditos indevidos. A autuante elaborou o demonstrativo às fls. 89 a 94 em que relacionou por mês, diversas notas fiscais de aquisições e os motivos dos créditos fiscais indevidos. O autuado na defesa apresentada (fls. 764 e 765) alegou que em relação às Notas Fiscais de nºs 4853 e 5291 se tratava de produtos da cesta básica originário do Espírito Santo, e foi indicado no campo da base de cálculo um valor inferior ao do produto “o que não tira o direito da requerente de se creditar do valor integral”. Alegou também que a Nota Fiscal de nº 2985, não teve imposto destacado o que, no seu entendimento, também faz jus ao crédito.

No primeiro caso, o art. 97, § 4º do RICMS/97 prevê que se o imposto não tiver sido destacado ou quando tiver sido destacado a menos, a sua regularização será feita com a emissão de nota fiscal complementar pelo remetente. Como isto não ocorreu, está devidamente caracterizada a infração. Quanto às demais notas fiscais, não tendo o autuado se manifestado, entendo que implicitamente houve um reconhecimento tácito.

Na defesa complementar, o autuado alegou apenas que era “um abuso de direito” manter a infração. Não tendo apresentado provas contrárias à acusação, julgo totalmente procedente esta infração e acato os demonstrativos apresentados pela autuante às fls. 88 a 94, com valor devido de R\$11.409,81.

**INFRAÇÃO 8** – Relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis pela manutenção no passivo de obrigações já pagas ou inexistentes, o autuado alegou que a autuante não considerou:

- a) os saldos de balancetes de “receita de bonificação”;
- b) já tinha sido objeto de autuação;
- c) que os fatos geradores já prescreveram.
- d) que “divergências comerciais com os fornecedores ainda se arrastam sem data determinada”, destacando as contas de nº 5.006, 5007, 5015, 5.237, 5.381 e 5.403 que permanecem inalteradas desde o ano de 2000 e as demais desde 1999.

Verifico que a autuante relacionou diversos títulos ainda em aberto no fim do exercício de 2002, conforme os demonstrativos acostado às fls. 95 e 96. O autuado não apresentou nenhuma prova documental de suas alegações de que as duplicatas não pagas se tratava de “bonificações” recebidas; também não comprovou que tais valores já tinha sido autuados. Quanto à prescrição dos fatos geradores verifica-se que os títulos permaneceram em aberto na Contabilidade no fim de 2002. Portanto, na autuação foi considerado o último dia do exercício de 2002, como o da ocorrência do fato gerador, o que é menos oneroso para o contribuinte.

Em se tratando de exigência do imposto por presunção é facultado ao autuante apresentar prova em contrário, fato que não ocorreu. Como nada foi apresentado, constitui em mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Portanto, julgo totalmente procedente esta infração com valor devido de R\$6.805,13.

**INFRAÇÃO 9** - Relativo a omissão de saída de mercadorias tributáveis decorrentes de pagamentos não registrados, o autuado alegou que “A não obediência no disposto no art. 39 inciso III e IV, combinado com o art. 18 inciso II, IV a, anula completamente os argumentos apresentados, quando o autuante aponta para pagamentos não registrados de ante mão presumisse que dentre a documentação apresentada constam pagamentos sem lastro, comprovados através de duplicata quitada, recibo no caixa ou cópia de cheques, o que não existe”.

Na defesa complementar (fl. 2065) alegou apenas que a infração é obscura o que dificulta a sua defesa. Verifico que a autuante, no demonstrativo feito por ela (fl. 97), relacionou diversos títulos não contabilizados. O imposto foi exigido a título de presunção de que, não tendo registrado os pagamentos dos títulos, também não registrou as receitas de vendas que deram suporte para pagamento dos títulos.

Logo, a infração está clara, caberia ao autuado provar que os recursos utilizados para pagamentos dos títulos, haviam sido registrados na escrita contábil. Como isso não foi comprovado, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que a luz do art. 143 do RPAF/99 não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Face ao exposto, ficam mantidos os valores exigidos nesta infração de R\$10.917,80.

**INFRAÇÃO 10** - No que se refere a esta infração, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, relativo a ativo imobilizado, a autuante juntou ao PAF demonstrativo às fls. 101 a 106, de “Compras registradas, cujos pagamentos não foram contabilizados em conta do ativo da qual saíram os Recursos, conforme Diário e Razão”.

O autuado alegou apenas na defesa que a autuante se equivocou, pelo fato de que a Nota Fiscal de nº 475 (jan/03) trata de remessa para conserto, o que não implica em pagamento do imposto. Quanto às demais notas fiscais, juntou diversas ao PAF e que não autenticou toda documentação por orientação da própria Inspetoria Fazendária (fl. 767).

*A autuante na nova informação fiscal apresentada à fl. 2046, acatou todas as comprovações apresentadas relativas ao exercício de 2003, remanescendo os valores relativos ao exercício de 2002, o que reduziu a infração de R\$35.811,28 para R\$521,77.*

*O autuado, na sua manifestação à fl. 2065 ressaltou apenas a margem de erro acentuada da infração, mas não contestou o valor residual. Dessa forma, acato o demonstrativo da autuante à fl. 101 e considero devido o valor de R\$521,77 desta infração”.*

O recorrente, intimado da Decisão de Primeira Instância, apresenta Recurso Voluntário pleiteando, preliminarmente, a nulidade do Auto de Infração, reiterando que fica evidenciado “*Abuso de direito do autuante, no uso errado do poder, com arbitrio exacerbado, omissão dos direitos constitucionais do requerente*”.

No mérito, reitera as razões aduzidas quando da contestação da Informação Fiscal, salienta a necessidade de nova diligência para rever as infrações 4 e 5 e de novo procedimento fiscal focando as infrações 6 e 7.

Aduz que o descrito na peça de contestação pode ser comprovado pela verificação dos itens 6 e 7 do Auto de Infração nº 298942.0019/02-2, conforme cópia anexada.

Em relação ao item 9 reclama que em momento algum se levou em conta a possibilidade de inadimplência da requerente por insuficiência de Caixa ou desacordo comercial.

Salienta que acata o valor residual da infração 10.

Requer ao final que seja realizada diligências com o intuito de apurar os registros fiscais da requerente em toda a sua plenitude e que seja julgado Nulo o Auto de Infração recorrido.

A Procuradoria Fiscal, em Parecer de Dra. Sylvia Amoêdo, analisa os autos e salienta que o Recurso Voluntário interposto pelo autuado constitui-se de uma peça simples e que na verdade não traz qualquer argumento que mereça ser apreciado. Aponta que em seu bojo o contribuinte esboça comentários grosseiros e acusações sem fundamento sobre a autuante e que a peça recursal, se analisada com maior rigor processual, poderia ser considerada inepta e indeferida liminarmente, pois incapaz de produzir efeitos jurídicos.

Observa que os argumentos recursais não trazem argumentos que mereçam apreciação deste Conselho, ficando comprovado o cometimento das infrações objeto do presente Auto de Infração, salientando que as multas estão em conformidade com a Lei nº 7.04/96 e, em que pese ao fato de o Recurso Voluntário devolver a matéria, em sua totalidade, à apreciação do Conselho, aponta que as razões do recorrente são inócuas, inaptas para proporcionar a modificação do julgamento.

Assim, opina que o Recurso Voluntário não deve ser Provido.

## VOTO

Em relação ao Recurso de Ofício entendo que a Decisão recorrida está correta, porque acolheu a revisão efetuada pela autuante, que acatou, parcialmente, as razões de defesa em face dos documentos apresentados.

Quanto à decretação da nulidade do item 3, entendo que também está bem colocada, tendo em vista que o autuante não anexou cópias válidas das notas fiscais objeto da autuação, configurando-se cerceamento do direito de defesa do autuado.

No tocante ao Recurso Voluntário preliminarmente afasto a nulidade da ação fiscal, aliás, a questão já foi devidamente enfrentada na Primeira Instância. De fato, verifico que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observa erro ou vício que possa decretar a sua nulidade.

Indefiro o pedido de diligência porque a farta documentação anexada aos autos supre todas as informações necessárias à revisão da Decisão recorrida.

No mérito, destaco apenas a infração 8 diante da alegação do recorrente de que o fato gerador teria sido objeto de outra autuação.

Portanto, voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 295902.0609/04-1, lavrado contra **SUPERMERCADO CINCO ESTRELAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$51.378,58**, acrescido das multas de 60% sobre R\$33.133,88 e 70% sobre R\$18.244,70, previstas no art. 42, II, “a”, “b”, “d” e “f”, VII, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais. O procedimento fiscal deverá ser renovado em relação à infração 3.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de julho de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BARROS RODEIRO -RELATOR

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