

A. I. N° - 281401.0029/04-6
AUTUADO - SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.
AUTUANTE - LÍDIO CELESTINO CONCEIÇÃO
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 29. 04. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0134-04/05

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 insubsistente. 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 nulidades argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2004, cobra imposto no valor de R\$1.122.829,24, acrescido das multas de 60% e 70%, mais a multa no valor de R\$91,86 em razão:

1. Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. Inclusão na base de cálculo do valor do IPI (exercícios de 2000 e 2001) – R\$210,47;
2. Falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Operações tributáveis de mercadorias efetuadas sem a emissão de documentos fiscais obrigatórios e, conseqüentemente, sem o registro nos livros fiscais. Fato constatado através do lançamento, na escrita contábil, de receitas mensais declaradas sob título de Vendas à Cartão, na subconta de nº 3.1.1.01.01.0002 tendo a Conta Caixa como contrapartida (exercício de 2001) –R\$820.156,99;
3. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada (exercício de 2000) – R\$33.431,69;
4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas (exercícios de 2000 e 2001) – R\$145.991,77;
5. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados (exercícios de 2000 e 2001) – R\$123.038,32;
6. Multa de 1% sobre o valor das operações, tendo em vista as entradas no estabelecimento de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal (exercícios de 2000 e 2001) – R\$91,86.

O autuado apresentou defesa (fls. 1829/1846), através de advogado legalmente constituído, ressaltando, como discussão inicial, que embora o ônus da prova das irregularidades coubesse ao fisco, este fato não impedia de se efetuar o lançamento de ofício. No entanto, no caso em lide não se poderia alegar a falta de elementos necessários à fiscalização, uma vez que houve a disponibilidade, naquela ocasião, de todos os livros fiscais e contábeis. Como conseqüência, os fatos foi desprezados, gerando erros e vícios (formais e materiais) que invalidaram, por insegurança legal e jurídica, o lançamento fiscal, a exemplo da não existência de saldo credor de caixa, mas sim saldo devedor, já que o autuante não o havia demonstrado, através de levantamentos com os elementos constituídos da referida conta. Observou, ainda, não haver comprovação das omissões de saídas de mercadorias levantadas.

Atacando a infração 1, afirmou que os valores utilizados foram àqueles recolhidos anteriormente, conforme destacados nos documentos fiscais e em conformidade com o disposto no art 9º, I, do Decreto Federal nº 2.637/98, que modificou a legislação anterior, não podendo existir crédito indevido. Disse que através de uma comparação da norma estadual do Estado da Bahia com a de outros estados, poderia ser observado que os critérios da cobrança do ICMS para o caso de mercadoria importada são iguais, ou seja, incluí-se o IPI na base de cálculo. Além disto, agiu em conformidade com o § 5º, do art 93, do RICMS/97, que determina que somente se admite crédito fiscal do valor do imposto corretamente destacado.

Asseverou, em seguida, inexistir omissão de saídas de mercadorias, conforme acusado na infração 2, tendo em vista que o estabelecimento matriz centraliza todos os estoques, ou seja, é o

responsável pelas compras e as distribui à suas filiais, não realiza vendas à consumidor final, não possui equipamento emissor de cupom fiscal, nem nota fiscal série D-1, é recebedor de todas as vendas feitas através de cartão de crédito por suas filiais e que, no somatório das vendas com cartão de crédito, efetuadas pelas filiais, estavam incluídas as mercadorias substituídas e as receitas de prestação de serviços. Se houvesse uma comparação entre as contas de mercadorias do autuado e o das suas filiais, ficaria evidenciado não ter havido omissões de saídas sem documentação fiscal, conforme exemplificou. Afirmou que os valores lançados na contabilidade na conta Cartão de Crédito correspondiam às vendas, nesta modalidade, pela rede de lojas da empresa. Ratificou que não vende a consumidor final e ressaltou que os usuários de cartão de crédito são pessoa física e não jurídicas. Juntando documentos, disse ser os lançamentos na sua contabilidade de valores recebidos das administradoras de cartões de crédito mensalmente e que não correspondiam às vendas do mês.

Em relação à infração 3, observou que às folhas 33, 51 e 76 do Livro Razão, exercício 2000, estavam lançadas contas específicas das pessoas devedoras da empresa, incluindo-se o ex-sócio José Izídio A. Pithon. Para melhor esclarecer o assunto, demonstrou que o sócio Emério Pithon Filho havia injetado quantia na empresa, inclusive através de depósitos bancários e declaradas ao imposto de renda (cópias anexa), de exercícios anteriores. Mencionou o fato de a sociedade ser familiar, o que viabilizava o ingresso de recursos pelos sócios, quando considerasse conveniente aplicá-lo na empresa, especialmente, quando os valores depositados em bancos tinham baixa rentabilidade. E, ainda, que o balanço da empresa, do exercício fiscalizado, apresentava na Conta Caixa valor expressivo de saldo positivo, com valores recebidos do ex-sócio José Izidro A. Pithon (R\$10.000,00) e da Fugi Photo Film do Brasil Ltda (R\$35.000,00). Nesta linha de raciocínio, mencionou ser “normalíssimo o adiantamento de valores nas transações comerciais entre fornecedor e comprador de bens, mercadorias e serviços”. No caso, os adiantamentos haviam sido feitos por acordos entre as partes, quando da compra de bens e mercadorias, e nas contratações de prestações de serviço. Exemplificou com a empresa UNIC Informática, cujos lançamentos na sua conta foram realizados em face de adiantamentos anteriores, tudo devidamente comprovado com as notas fiscais lançadas na contabilidade.

Já quanto à infração 4, afirmou que o autuante não havia verificado que as mercadorias adquiridas não foram para a revenda, mas, sim, material de publicidade, impressos, espelhos, expositores, objetos muito utilizados nas lojas de óticas, ou seja, material doado a título de propaganda pelos fornecedores, não sujeito à tributação. Em relação à mercadoria “lente” nos documentos fiscais consta a palavra “oferta”, precisamente, uma peça de cada, e não um par. De igual maneira, não foram excluídas do levantamento as notas fiscais de material de construção (pisos) adquirido para a reforma das lojas, e material gráfico, lançado como despesas na sua escrita contábil.

Sobre à infração 5, observou que todos os pagamentos efetuados estavam registrados no seu livro razão, conforme apresentou. Portanto, não poderia ser obrigado a recolher um tributo que já havia sido, anteriormente, recolhido e desconhecia os motivos que levaram o autuante a declarar a falta de escrituração na contabilidade de documentos comprovadamente lançados.

Quanto à infração 6, ressaltou não se tratar de mercadorias, e, sim, objetos que se destinaram à publicidade, amostra grátis e de valores ínfimos. Além do mais, existiam outros materiais, como o de construção aplicado na reforma da loja e lançado como despesa na contabilidade.

Após tais considerações, argumentou que a autuação ia de encontro à boa forma e a boa técnica de fiscalização, aos princípios de direito tributário vigente, bem como, não atendia as exigências dos arts. 139, 142 e 149 do CTN, 4º e 17 da lei nº 7.014 e 18, IV do RAPF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Requereu a nulidade ou a improcedência da autuação.

O autuante prestou informação (fls. 2344/2350) discordando do posicionamento do impugnante quanto à infração 1. O entendeu, no mínimo, contraditório, tendo em vista que ele próprio adota

como procedimento rotineiro excluir do ICMS, a ser creditado, o valor da parcela relativa ao IPI, por não ter direito a essa parcela de crédito. Informou que seu trabalho foi de, apenas, relacionar as notas fiscais em que tal procedimento não foi aplicado e que, antes da lavratura do Auto de Infração, nas reuniões acontecidas na Inspetoria, o autuado havia concordado com o lançamento fiscal. Citando o art. 54, I, “c”, do RICMS/97 e o disposto no art. 93, § 5º, do mencionado regulamento, afirmou que o crédito fiscal somente é admitido pelo valor do imposto corretamente calculado (fls. 18, 19, 1492 a 1536 do PAF).

A respeito do item 2 dos autos, observou que o sujeito passivo apresentou MVA negativa (fls. 30/31) e que a rede da empresa, no período fiscalizado, era constituída de 16 empresas (matriz e mais 15 filiais), todas estabelecidas neste Estado. A ação fiscal foi realizada em conjunto, envolvendo, simultaneamente, 8 estabelecimentos, incluindo a matriz. Através do exame dos livros e documentos apresentados, ao serem confrontadas as escritas fiscais de cada uma delas (incluindo-se as informações econômico-fiscais de todas as lojas disponíveis nesta Secretaria de Fazenda) com a contabilidade, que é centralizada na matriz, constatou, entre outros fatos, a ocorrência de operações tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais obrigatórios, através do lançamento de receitas mensais declaradas sob título de vendas à cartão, na subconta de nº 03.1.1.01.01.0002, tendo a Conta Caixa como contra partida (fls. 20, 1.322 a 1.333, 1.420 e 1.421 dos autos), correspondentes às vendas não oferecidas à tributação que, juntamente com outros fatos apurados, mantiveram esta conta com saldos devedores, evitando assim que ocorresse o chamado estouro de caixa. Quanto ao argumento de que nelas estavam incluídas operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, lembrou que no período fiscalizado (exercícios de 2000 e de 2001), este regime de tributação não alcançava as mercadorias comercializadas pelo autuado, o que só veio a ocorrer a partir de 1/1/2002, através do Decreto nº 8.087/01. E, quanto à receita de serviços mencionada pelo impugnante, esclareceu que o contribuinte não desenvolve atividade mista, pois todas as lojas da rede operam com o comércio varejista de artigos de ótica (fls. 32/115) e faturaram juntas, em 2000 e 2001, o volume total de R\$33.409.564,23, recolhendo de ICMS no valor de R\$4.054.140,50. Assim, afirmou, as vendas por cartão, lançadas contabilmente, corresponderam às operações comerciais de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, não havendo nenhuma relação com receitas de prestação de serviço, até porque não foi apresentado pelo impugnante nenhum documento que comprovasse esta alegação.

Contra atacando as razões de defesa em relação ao item 3, afirmou que o impugnante não havia apresentado documentos que comprovassem as operações contábeis escrituradas, pois no seu entendimento, as declarações de renda dos sócios apresentadas não serviam de prova documental incontestável. Analisando os lançamentos, concluiu que eram contas de adiantamentos a fornecedores e a ex-sócio e representativas de direitos da empresa relativos à expectativa de entrega de mercadoria pelo fornecedor. Tais contas recebiam o mesmo tratamento de contas de passivo, sendo creditada mediante débito na Conta Caixa. Exemplificando como tais contas estavam irregulares, ressaltou que em se tratando de ingressos de caixa deve ser comprovado, através de documentos, que as operações lançadas nos livros contábeis Diário e Razão, de fato, ocorreram.

Continuando, disse que o sujeito passivo equivocou-se em sua defesa quanto à infração 4, uma vez que a exigência dizia respeito à presunção de omissões de saídas anteriores em decorrência de entradas de mercadorias não registradas. No caso, não foi cobrado imposto sobre as entradas das remessas de materiais de publicidade e de ofertas, mas sim, das entradas em razão de compras e, entre outros casos, daquelas decorrentes de trocas de mercadorias, já que tais trocas correspondiam a uma anterior aquisição, destacando, para este caso, as notas fiscais emitidas pela Johnson & Johnson Indústria e Comércio Ltda (fls. 1.573/1.576), descritas como de Simples Remessa, porém, na verdade, correspondentes a trocas, conforme se verificava no corpo dos referidos documentos.

Em relação ao item 5, concordou que houve confusão, tanto nos lançamentos, quanto na apuração dos pagamentos, que, embora de forma diferente dos demais, estavam lançados na escrita contábil da empresa (conta de ativo de n.º 1.6.2.01.01.0017, intitulada como “Imóveis Sh. Center Feira de Santana” – fl. 1393). Imputou o engano à falta de uniformidade nos procedimentos de registros dos pagamentos das despesas. No caso, elas foram lançadas a débito numa conta de ativo, quando deveriam ter sido lançadas a débito na conta de n.º 4.1.1.03.01.0007, intitulada como Aluguéis e Condomínios (fls. 1.127/1134 e 1.451/1.459). Após tais colocações, discorreu sobre a maneira de como tais despesas se encontravam registradas na contabilidade do autuado e ressaltou que sendo realizada a despesa em uma conta de ativo passa ela a representar "bens ou direitos" da empresa, cuja conta, em dezembro de 2001, apresentou saldo de R\$194.395,90. Trazendo à lide outros exemplos, afirmou que o procedimento do autuado indicava que os registros dos pagamentos, acima realizados, poderiam passar despercebidos, visando o ajuste da contabilidade, em momento futuro. Contudo, como de fato eles foram efetuados, embora com ressalvas, acolheu as razões de defesa.

Sobre o item 6, afirmou ter selecionado as entradas de mercadorias efetuadas sem o devido registro na escrita fiscal, em operações consideradas como não tributáveis, a exemplo de remessas de materiais de publicidade e recebimentos decorrentes de ofertas, conforme notas fiscais capturadas através do sistema CFAMT, relacionadas em demonstrativos e documentos anexos (fls. 27/28 e 1.651/1.714 do PAF).

Ressaltou, em seguida, que embora não tenha sido cobrada qualquer penalidade, havia relacionado (fls. 29 e 1.715/1.736) operações de vendas à ordem, cujos documentos fiscais de entradas correspondentes à remessa por conta e ordem de terceiros não haviam sido escriturados, visando demonstrar a intenção do contribuinte em manter o valor contábil total das entradas em volume mais enxuto possível, de modo a não atrair a atenção do fisco através das DMA apresentadas.

Prosseguindo com suas colocações, discorreu sobre os procedimentos efetuados pelo autuado quando de suas vendas, que o entendeu totalmente irregular, pois contrário ao que dispõe o Regulamento do ICMS e informou, ainda, que o Auto de Infração refletia um trabalho realizado com base em uma escrita contábil centralizada, portanto açambarcando a movimentação econômica de todas as lojas da rede, que, juntas, faturaram, em 2000 e 2001, o total de R\$33.409.564,23, não podendo mais ser exigido qualquer imposto relativo à omissão de saídas de mercadorias de todos os estabelecimentos da empresa. Acrescentando que o débito original cobrado correspondia a 3,36% do volume total do faturamento da rede no período, requereu a procedência parcial da autuação com a exclusão do imposto exigido na infração 5.

Para dirimir dúvidas quanto à infração 2, esta 4ª JF decidiu baixar os autos em diligência para que o autuante intimasse o contribuinte à apresentar as escritas contábeis de suas filiais, visando se analisar se, efetivamente, nelas foram contabilizados os pagamentos das mercadorias, ora em lide, e provar que não foram vendas realizadas pelo estabelecimento autuado. Foi observado, ainda, como não se estava a falar em presunção de saídas anteriores de mercadorias e sim falta de pagamento do ICMS nos prazos regulamentares, era necessário que se analisasse se existiam, ou não, mercadorias enquadradas na substituição tributária que não fossem produtos óticos, bem como receitas de prestação de serviços (fl. 2.354).

Atendendo ao que foi solicitado, o autuante (fls. 2.358/2.360) anexou aos autos (fl. 2.361) a intimação que fez ao impugnante para apresentação da escrita contábil das empresas filiais e a resposta do contribuinte de que não poderia atendê-lo (fl. 2.364), em razão da contabilidade da rede ser centralizada na matriz.

Nesta situação, elaborou um comparativo entre as receitas anuais de cada filial informadas através das DMA dos exercícios de 2000 e 2001 e da conta de receita registrada na contabilidade (contas: 3.1.1.01.01.0001, 3.1.1.01.01.0018, 3.1.1.01.01.0019, 3.1.1.01.01.0020, 3.1.1.01.01.0022, 3.1.1.01.01.0023, 3.1.1.01.01.0025, 3.1.1.01.01.0026, 3.1.1.01.01.0028, 3.1.1.01.01.0030, 3.1.1.01.01.0031, ACORDAO JF Nº 0134-04/05

3.1.1.01.01.0032, 3.1.1.01.01.0033, 3.1.1.01.01.0034, 3.1.1.01.01.0035 e 3.1.1.01.01.0036) objetivando demonstrar que a receita, no valor total de R\$4.824.452,83, lançada na contabilidade sob título de Vendas à Cartão (conta de nº 3.1.1.01.01.0002) tendo a Conta Caixa como contrapartida estava "sobrando", ou seja, ela não havia sido oferecida à tributação, sendo passível um levantamento fisco-contábil, já que se referiu a ocorrência de operações tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais obrigatórios e, conseqüentemente, sem o registro nos livros fiscais próprios, não se podendo falar em presunção. Lembrou, em seguida, que se tal receita fosse excluída, a Conta Caixa apresentaria saldo credor e decorreu, mais uma vez, sobre a forma equivocada como a empresa lança seus registros na contabilidade.

Quanto à alegação do impugnante de que na conta com cartão de crédito existiam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, mais uma vez ressaltou que no período fiscalizado este regime de tributação não alcançava as mercadorias comercializadas pelo autuado. E, com relação aos produtos fotográficos mencionados, informou que não era, naquele período, exatamente, o tipo de mercadoria comercializada pelo autuado, tanto assim o é que nem ele próprio chamou a atenção, especificamente, para esse material e, mais importante, não foi apresentada nenhuma documentação que desse a mínima garantia a essa possibilidade. Em relação às receitas de serviços, insistiu que o contribuinte não desenvolve atividade mista, uma vez que todas as lojas da rede operam com o comércio varejista de artigos de ótica, estando, inclusive, cadastrado nesta Secretaria com código de atividade econômica 5249-3/01 (fls. 32/115 do PAF). Afirmou que tais receitas não tinham qualquer relação com receitas au tuadas, até porque de valores irrisórios e serviços realizados por algumas filiais, bem como não foi apresentado pelo impugnante nenhum documento que comprove esta alegação. Observou que as cópias do livro de ISS de uma das filiais anexadas a este processo e a sua correspondente escrituração apenas demonstravam este fato. A título de esclarecimento, informou que a cópia do livro Registro de Saídas anexado ao processo não era das filiais, como inicialmente pensou, mais sim um dos livros do autuado, contendo os lançamentos referentes às suas operações realizadas durante o exercício de 2001 e oferecidas à tributação.

Solicitou, mais uma vez, a procedência parcial do lançamento fiscal.

Na fase de instrução processual foi observado que ao sujeito passivo não havia sido dado conhecimento da informação produzida pelo autuante e este fato, diante do devido processo legal, poderia acarretar preterição do direito de defesa. Nesta circunstância, os autos foram baixados em diligência para que a Inspe toria do Iguatemi intimasse o autuado a tomar conhecimento do teor desta informação e que, querendo se manifestasse no prazo de 10, após ciência (fl. 2.368), o que foi feito.

O sujeito passivo manifestou-se sobre a diligência solicitada por este Colegiado (fls. 2.373/2.383) afirmando que o Auto de Infração havia sido lavrado com flagrantes impropriedades, conforme já havia anteriormente demonstrado.

Em seguida, disse que não havia entregado, quando intimado, a “escrita contábil da rede de empresas filiais”, conforme descrito na mesma, uma vez que não existia “rede de empresas filiais”, pois a empresa é composta de uma matriz e filiais. Além do mais, sua contabilidade é centralizada na matriz, de conformidade com as técnicas contábeis e exigências previstas na legislação própria.

Prosseguindo com sua argumentação, observou que nos autos estavam apensados cópias do seu livro Razão e Diário e reconheceu que o autuante havia, quando da diligência solicitada, comparado os lançamentos contábeis da empresa (matriz e filiais) com as respectivas DMA. Porém, por ser leigo no assunto, não havia entendido a pretensão fiscal pois este confronto não especificava as vendas realizadas através de cartão de crédito. Além do mais, tais vendas, no valor de R\$4.824.452,83, atribuídas à sua inscrição cadastral era de suas filiais, que lhe repassavam as receitas, levadas em contra partida à conta Caixa. Insistiu não realizar vendas através de cartão

de crédito conforme já havia anteriormente demonstrado. Nesta situação, afirmou descaracterizada a informação prestada na diligência. E, quanto a discussão trazida pelo autuante quando toma por base o art. 2º, § 3º do RICMS/97, a entendeu alheia a lide.

Em seguida, rebateu as seguintes afirmativas do autuante:

1. era lógico que em contabilidade existe contra partida. Assim, se houve um lançamento na conta Vendas por Cartão de Crédito, sua contrapartida era a conta Caixa. Que o recebimento de numerário das administradoras de cartão é feito pela matriz, não envolvendo a conta Mercadoria, mas, somente a conta Caixa. Como o Decreto-Lei nº 486/69 considera obrigatório o livro Diário e pela sua complexidade, ele não poderia ser desclassificado por uma "simples análise".
2. não havia entendido as colocações feitas pelo autuante sobre pagamentos de aluguéis e condomínios, que foram, “estranhamente”, registrados na contabilidade como ativo imobilizado, pois se analisada, com atenção, esta conta se verificaria que se tratava de bem imóvel adquirido com pagamento parcelado, estando correto o lançamento na contabilidade.
3. quanto a discussão de existirem ou não mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária (material fotográfico), salientou que sobre tais mercadorias não havia se referido, quando de sua defesa, por não ter havido vendas através de cartão de crédito. E quanto á substituição tributária propriamente dita, acreditava que houve falta de conhecimento do autuante á legislação específica, pois esta, “muito antes da promulgação do Decreto nº 8.087/91, citado, foram promulgadas normas reguladoras sobre a cobrança antecipada. Desde o Decreto nº 28.593/81.”
4. entendeu que o preposto fiscal havia se contradito ao insistir em afirmar que o autuado não desenvolvia atividade mista e logo depois afirmar que houve pequenos valores recebidos por prestação de serviço. E mais, que era impróprio, desconhecendo como desconhecia a escrita da empresa, ter afirmado que não houve na conta Vendas por Cartão de Crédito qualquer recebimento de prestação de serviços.

Após tais colocações e juntando cópias de documentos fiscais, requereu a nulidade do lançamento ou a sua improcedência.

O autuante foi chamado para se manifestar, ocasião que ratificou seu posicionamento anteriormente exposto (fl. 2.697).

VOTO

O impugnante argüiu questão de nulidade ao presente lançamento fiscal aduzindo de que, nos autos, a realidade dos fatos havia sido desprezada, com erros e vícios, formais e materiais, o que o invalidava, por insegurança legal e jurídica. Como exemplo para seu argumento, entre outros, disse inexistir saldo credor de caixa, mas sim saldo devedor e que não houve a comprovação das omissões de saídas das mercadorias levantadas. Estes são argumentos que não podem ser aceitos diante das determinações do art. 18, § 1º, do RPAF/99. Além do mais, a acusação, por infração, está clara, baseada na norma tributária vigente e suficientemente documentada. Se, acaso, existir algum erro no procedimento fiscal, é caso de improcedência e não de nulidade da autuação.

Ultrapassando a questão preliminar de nulidade levantada, a acusação relativa ao item 1 do presente Auto de Infração exige o ICMS pela utilização indevida de crédito fiscal em decorrência de destaque de imposto a maior nos documentos fiscais. O sujeito passivo incluiu, na base de cálculo para apuração mensal do imposto, o valor do IPI.

O defendente alegou que agiu conforme determinações contidas no inciso I, do art 9º do Decreto Federal nº 2.637/98 e que, se houvesse uma comparação da norma estadual do Estado da Bahia com a de outros estados seria observado que os critérios da cobrança do ICMS para o caso de mercadoria importada era igual, ou seja, incluí-se o IPI na sua base de cálculo. Além disto, agiu

em conformidade com o § 5º, do art 93, do RICMS/97, que determina que somente se admite crédito fiscal do valor do imposto corretamente destacado.

O art. 55, I, “a” do RICMS/97 (Decreto nº 6.284/97) determina que não integra 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 a comercialização, industrialização, produção, geração ou extração, bem como destinado a prestador de serviço de transporte, de comunicação ou de serviços de qualquer natureza sujeitos ao mesmo. Ou seja, e no caso, o contribuinte como é comerciante e não industrial, ao vender sua mercadoria a outro contribuinte não pode mais integrar à sua base de cálculo o valor do IPI anteriormente recolhido, pois ele já se integrou ao custo da mercadoria vendida. No presente se trata de aquisições de mercadorias, ou seja, de entradas e não de saídas. As determinações contidas no art. 54, I, “c” do citado Regulamento somente admitem a inclusão do IPI, no caso em que hajam saídas efetuadas por contribuinte do imposto federal (não sendo o caso do impugnante) com destino á consumidor final, a estabelecimento prestador de serviço de qualquer natureza não considerado contribuinte do ICMS, ou para uso, consumo ou ativo imobilizado de estabelecimento de contribuinte e nas devoluções de mercadorias, caso se na aquisição tiver o imposto federal integrado a base de cálculo do ICMS.

As disposições do art. 58, I, “c”, do RICMS/97 aqui não se aplicam pois na lide não se estar a discutir a base de cálculo de mercadorias ou bens procedidos do exterior. As vendas foram realizadas no mercado interno do País, existindo norma específica. Além do mais, aquelas contidas no inciso I, do art 9º do Decreto Federal nº 2.637/98, é norma do IPI, não afeto ao Estado da Bahia.

Por fim, o trabalho da fiscalização foi de relacionar as notas fiscais em que este procedimento, conforme acima explanado, não foi seguido pelo contribuinte e o imposto calculado dentro das determinações do art. 93, § 5º, do RICMS/97 (fls.18, 19, 1492 a 1536 do PAF). Mantenho a exigência fiscal no valor de R\$210,47.

A infração 2 trata da falta de recolhimento, nos prazos regulamentares, do ICMS referente à operações de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, não escriturados nos livros fiscais próprios. O fato foi constatado através do lançamento, na escrita contábil da empresa autuada, de receitas declaradas sob título de Vendas à Cartão, na conta de nº 3.1.1.01.01.0002, tendo a Conta Caixa como contrapartida, sendo analisadas, de igual forma, as Informações Econômico-fiscais (DMA) de todas as filiais. Ressalto, neste momento, que o estabelecimento comercial, parte da presente lide, é a matriz da empresa, tendo a função, entre outras, de gerenciar os estoques, ou seja, é o responsável pelas compras e as distribui à suas filiais, bem como, é o mantenedor da contabilidade de todas as lojas da empresa, precisamente, a contabilidade da empresa é nele centralizada.

Como razões de defesa, o contribuinte alegou que quando realiza vendas, são para pessoas jurídicas, não sendo usuário de equipamento emissor de cupom fiscal, bem como não emite nota fiscal de venda à consumidor final. Além do mais, é recebedor de todas as vendas feitas através de cartão de crédito por suas filiais. Disse, ainda, que neste somatório das vendas com cartão de crédito, efetuadas pelas filiais, estavam incluídas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária e receitas de prestação de serviços. E, se houvesse uma comparação entre as contas de mercadorias da empresa autuada e a de suas filiais, restaria evidenciado não ter havido omissão de saídas sem documentação fiscal.

Apreciando estes argumentos, não vislumbro motivação para os entender como pertinentes para desconstituir o lançamento fiscal. Se o autuado não realiza vendas à consumidor final, esta situação não pode ser aqui aventada, pois a conta 3.1.1.01.0002 se refere a vendas efetuadas através de cartão de crédito, quer sejam do estabelecimento autuado quer sejam de suas filiais, já que a contabilidade é centralizada. A prova de que não vende a consumidor final não é relevante para a discussão, pois a base da autuação a esta matéria não se prende.

De igual maneira não posso aceitar que nestas vendas estavam incluídas mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária pelos seguintes motivos:

1. todos os produtos de ótica, a quase totalidade da comercialização da empresa autuada, somente foram enquadrados no regime da substituição tributária a partir de 1/1/2002, quando foi editado o Decreto nº 8.087, de 27/12/2001, DOE de 28/12/2001. A autuação se refere ao exercício de 2001;
2. quanto aos produtos de fotografia e já que aqui não se está a falar em presunção de saídas anteriores de mercadorias e sim do não recolhimento do imposto, estes devem ser considerados. Entretanto, o impugnante, na sua primeira manifestação, apenas mencionou, não trazendo aos autos qualquer prova de que nas receitas de vendas por cartão de crédito existia qualquer valor decorrente de vendas efetuadas com material de fotografia e que estivesse enquadrado no regime da substituição tributária. Além do mais, quando de sua segunda manifestação, o próprio impugnante afirmou que nas receitas apresentadas na conta em discussão não estavam incluídas quaisquer vendas de material fotográfico. Portanto, é fato que não se pode considerar para eventual modificação do débito tributário.

E, para fechar a discussão sobre mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, observo que a afirmativa do impugnante de que este regime já estava previsto na norma tributária há bastante tempo, realmente, é afirmativa correta. Porém o que aqui se discutiu, tendo em vista que foi a própria defesa quem trouxe à lide o assunto, foi de que os produtos óticos, no período fiscalizado, não se encontravam enquadrados no regime da substituição tributária.

O fato do autuado também prestar serviços e deles auferir receitas, é ponto a ser considerado, não tendo relevância, no momento, se é ou não empresa com atividade mista. Receitas existiram conforme comprova o livro Razão do autuado (fls. 1148/1152). Porém, para a discussão, era necessário que houvesse a comprovação de que haviam receitas desta atividade incluídas na conta Vendas por Cartão de Crédito, pois, se provadas, não estariam no âmbito do ICMS. Entretanto, mesmo com todos os prazos que teve, durante a fiscalização e a presente lide, somente mencionou e apresentou cópia de um livro de Registro do ISS de parte de suas filiais (fls. 2027/2076). Assim, em conformidade com o art. 123 e 143, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/990) não posso considerar este argumento.

E, em consideração aos outros argumentos apresentados pelo impugnante, quando de sua segunda manifestação, tenho a dizer:

1. ao contrário do que afirmou, a discussão apresentada pelo autuante de que a autuação não havia se baseado no art. 2º, § 3º do RICMS/97 é pertinente, pois aqui não se está a falar em presunção de omissões de saídas anteriores e sim de recolhimento a menos do ICMS, pelo fato de não ter sido oferecido à tributação parte das vendas mensais realizadas e apresentadas na contabilidade na conta Vendas por Cartões de Créditos.
2. a discussão de que em contabilidade, obrigatoriamente, deve existir uma conta com a sua contra partida é divagação.
3. que o recebimento de numerário das administradoras de cartão foi feito pela matriz, não envolvendo a conta Mercadoria, mas, somente a conta Caixa, ressalto que em qualquer momento a conta Mercadorias foi envolvida. E esta afirmativa apenas demonstra que a matriz (autuado) recebeu as receitas de vendas efetuadas pela empresa e as lançou em sua contabilidade. Por oportuno, observo que não existe necessidade de se realizar confronto entre esta conta da matriz e das filiais, conforme solicitou o autuado.
4. não houve desclassificação da contabilidade da empresa. Muito pelo contrário, está foi tomada como a real. Entretanto havendo lançamentos equivocados em relação à tributação, estes devem ser considerados pelo fisco para a perfeita auditoria realizada, objetivando saber se o contribuinte ofereceu corretamente à tributação todas as operações comerciais que

realizou.

5. de fato, as colocações do autuante sobre as contas de aluguéis e condomínios e outras como fez, não fazem parte da presente lide. Podem ser importantes para uma análise da contabilidade da empresa, porém não poderiam caracterizar a irregularidade ora em lide. Mas este é assunto que em nada influencia na decisão ora a ser tomada.

Após tais colocações, volto minha atenção aos fatos que determinaram a acusação. O autuante após exame dos livros e documentos apresentados pelo impugnante e de posse de todas as DMA apresentadas pela empresa (matriz e filiais – fls. 36/115 dos autos) as confrontou com as contas de receitas lançadas na contabilidade centralizada do estabelecimento autuado (livro Razão). Foi constatado que os exatos valores de receitas, lançados por mês, de cada estabelecimento (fls. 1.420, 1.423/1.429 - contas 3.1.1.01.01.0001, 3.1.1.01.01.0018, 3.1.1.01.01.0019, 3.1.1.01.01.0020, 3.1.1.01.01.0022, 3.1.1.01.01.0023, 3.1.1.01.01.0025, 3.1.1.01.01.0026, 3.1.1.01.01.0028, 3.1.1.01.01.0030, 3.1.1.01.01.0031, 3.1.1.01.01.0032, 3.1.1.01.01.0033, 3.1.1.01.01.0034, 3.1.1.01.01.0035 e 3.1.1.01.01.0036) tiveram como contra partida a conta Caixa (conta 1.1.1.01.01.0001 - fls. 1.322/1.333) e estes valores eram iguais àqueles informadas através das DMA, ou seja, os oferecidos à tributação, uma vez que as DMA, obrigatoriamente, devem ser o espelho dos livros fiscais e foram informadas ao fisco pelo próprio contribuinte. Estes lançamentos contábeis estão corretos na forma como foram realizados. No entanto, o autuado apresentou uma outra conta denominada de Vendas Cartão (nº 3.1.1.01.01.0002 - fls. 1.420/1.421 do PAF), no valor de R\$4.824.452,83, que teve como contra partida a conta Caixa. Resumindo, as vendas de mercadorias, pois as receitas de prestação de serviços foram lançadas em outras contas (fls. 1.421/1.423), foram registradas em duas contas, quais sejam: vendas por cartão e vendas da matriz e filiais, separadamente, e ambas tiveram como contra partida a conta Caixa. Este procedimento contábil está correto. No entanto, a irregularidade detectada se apresenta ao serem confrontados todos estes lançamentos contábeis com as operações de vendas oferecidas à tributação. Se os valores de vendas informados à fiscalização foram somente os das contas da matriz e filiais conforme acima indicado, os valores da conta Vendas Cartão não foram oferecidos à tributação. O próprio autuado foi enfático em afirmar que esta conta teve como base as vendas de suas filiais, já que não realiza vendas através de cartão de crédito. Este fato somente confirma o que ora se explica. Se foram vendas de suas filiais, elas deveriam estar incluídas nas DMA apresentadas, fato comprovado, pela própria contabilidade centralizada da empresa e das DMA, individuais por estabelecimento, que não estão. Ressalto neste momento, que quando da diligência solicitada por esta 4ª JF, o autuante elaborou minucioso demonstrativo desta situação, oportunidade que esclareceu em definitivo o assunto. O impugnante, disse, quando se manifestou, que não o havia entendido, já que nele não estavam incluídas as vendas através de cartão de crédito. É argumento inconsistente, pois de fato, o confronto não poderia acusar as vendas através de cartão de crédito, já que não informadas ao fisco.

E, quanto a sua afirmativa de que o valor de R\$4.824.452,83 foi atribuído erroneamente pelo autuante, no demonstrativo elaborado, à sua inscrição cadastral, pois de suas filiais, que lhe repassam as receitas, é afirmativa que não pode se sustentar, uma vez que sendo o estabelecimento matriz centralizador da escrita contábil, caberia a este, contabilmente, distribuir ditas receitas com vendas em cartão às respectivas filiais para apuração do resultado operacional por cada estabelecimento. Desta forma, sob o ponto de vista técnico, não há como se admitir “repasse de receitas” de estabelecimentos filiais para a matriz. Se assim fosse, estar-se-ia desprezando todo o Plano de Contas da empresa que prevê a individualização dos estabelecimentos, sob a ótica operacional, a exemplo das contas ICMS a Recuperar, ICMS a Recolher, Mercadorias, vendas, etc.

Embora o ICMS seja imposto sobre operações de circulação de mercadorias e não de receitas, o fato concreto é que o estabelecimento autuado registrou o recebimento de R\$4.824.452,83 a título de “Vendas Cartão” no decorrer do exercício de 2001, cujo montante integrou a apuração do

resultado do exercício, enquanto que as vendas das filiais declaradas nas DMA coincidem, apenas, com as lançadas contabilmente, nas suas respectivas contas no livro Razão. Ou seja, foi o próprio contribuinte quem produziu a prova material do fato.

Por fim, os documentos fiscais trazidos a lide pelo impugnante quando de sua última manifestação nada acrescenta a lide uma vez que aqui não se estar discutindo que as filiais da empresa realizaram vendas e de que sua contabilidade não é centralizada.

Mantenho a autuação deste item no valor de R\$820.156,99.

A acusação relativa à infração 3 exige o tributo tendo em vista a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada no exercício de 2000, conforme determina o art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, ou seja, houve a presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, por não ter havido a comprovação do suprimento de numerário na conta caixa da empresa. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

O autuante de posse do livro Razão da empresa (cópias fls. 1044, 1062, 1087 e 1914/1916) glosou todos os suprimentos de caixa existentes e não comprovados pelo sujeito passivo nas seguintes contas:

DATA	CONTA CREDITADA	CONTA DEBITADA (CAIXA)	NOME DO SUPRIDOR	VALOR
29/1/2000	2.2.1.01.05.0001	1.1.1.01.01.0001	EMERIO PITHON FILHO	R\$12.750,00
31/1/2000	1.1.2.01.09.0002	1.1.1.01.01.0001	JOSÉ ISIDRO A. PITHON	R\$10.000,00
29/2/2000	1.1.2.01.04.0001	1.1.1.01.01.0001	FUGI PHOTO FILM DO BRASIL	R\$35.100,00
29/2/2000	1.1.2.01.04.0002	1.1.1.01.01.0001	UNIC INFORMÁTICA	R\$21.517,00
29/4/2000	1.2.2.01.04.0002	1.1.1.01.01.0001	UNIC INFORMÁTICA	R\$5.040,00
20/9/2000	2.2.1.01.05.0001	1.1.1.01.01.0001	EMERIO PITHON FILHO	R\$30.000,00
31/10/200-	2.2.1.01.05.0001	1.1.1.01.01.0001	EMERIO PITHON FILHO	R\$20.000,00

O autuado trouxe, como razões de defesa para desconstituí-la, cópias da declaração do imposto de renda, pessoa física do ex-sócio José Izídio A. Python e do sócio Emério Python Filho. Afirmou, em seguida, de que o fato de a sociedade ser familiar, viabilizava o ingresso de recursos pelos sócios, quando eles considerassem conveniente aplicá-lo na empresa, especialmente, quando os valores depositados em bancos tinham baixa rentabilidade. Além do mais, no balanço da empresa a Conta Caixa apresentava saldo positivo tendo em vista valores recebidos do ex-sócio José Izidro A. Python e da Fugi Photo Film do Brasil Ltda, além de ser normal o adiantamento de valores nas transações comerciais entre fornecedor e comprador, exemplificando com a empresa UNIC Informática.

Os argumentos do impugnante não podem ser, neste momento, aceitos. As Declarações de Bens do referido sócio, com disponibilidade em dinheiro, por si só, não comprovam os empréstimos ditos realizados e o simples lançamento contábil não valida a operação. São necessárias as provas da transferência de recursos, como exemplos: o extrato da conta bancária onde foi feito o depósito, fotocópia do cheque ou outro documento aceitável e exigível pela legislação, notas promissórias registradas no órgão competente, etc. O argumento de a empresa ser de cunho familiar não invalida todos os procedimentos a serem seguidos, já que existe completa distinção entre uma pessoa física de uma jurídica.

Quanto á dívida dita paga do ex-sócio José Izidro A. Python, da Fugi Photo Film do Brasil Ltda.

e do adiantamento, dito normal, realizado pela UNIC Informática, de igual maneira, não foram provados. Mais uma vez, o simples lançamento contábil não é prova para caracterizar o efetivo ingresso de recurso no movimento financeiro da empresa. Seria necessária a comprovação da origem dos recursos, seja pela movimentação bancária, seja pelos princípios juridicamente estabelecidos em leis civis e comerciais, contratos acordados e registrados devidamente em órgão públicos.

E, por fim, o fato de no balanço da empresa, no período, a Conta Caixa apresentar saldo positivo tendo em vista valores recebidos do ex-sócio José Izidro A. Pithon e da Fugi Photo Film do Brasil Ltda somente confirma o acerto da autuação.

O autuado teve oportunidade durante todo o procedimento fiscal, e quando de sua defesa, de fazer prova dos seus argumentos, não o fazendo. Nesta situação, mantenho o lançamento fiscal relativo a este item no valor de R\$33.431,69.

A infração 4 trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos exercícios de 2000 e 2001, documentos colhidos junto ao Sistema CFAMT desta Secretaria de Fazenda. Ou seja, a razão da autuação foi, igualmente, a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, pois a presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída das mercadorias, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas.

Inicialmente observo que como a infração 3 trata, também, de presunção legal, é necessário que aqui fique claro não ter havido duplicidade de cobrança do ICMS no exercício de 2000. Na terceira somente foi considerado os suprimentos de caixa lançados no livro Razão da empresa autuada. Esta teve como base notas fiscais não registradas. Assim, as duas infrações não se confundem.

O defendente afirmou que o autuante não havia verificado que as mercadorias eram materiais de publicidade, impressos, espelhos, expositores, ou seja, material doado a título de propaganda pelos fornecedores, não sujeito à tributação, material de construção (pisos) para reforma física do estabelecimento e material gráfico. O autuante observando que o defendente se equivocou nas suas colocações já que estes materiais haviam sido objeto da autuação referente à infração 6 e não à presente, afirmou que todas as entradas tiveram como natureza da operação, aquisições de mercadorias e aquelas decorrentes de trocas de mercadorias, já que, no seu entendimento, estas trocas correspondiam a uma anterior aquisição.

Discordo em parte do entendimento do autuante. Parte das mercadorias, de fato, não foram materiais doados pelos fornecedores a título de propaganda. Quanto às aquisições de material de uso e consumo (pisos), material gráfico ou outro qualquer, observo, novamente, que o aqui exigido não é o imposto sobre a aquisição referente à compra realizada através da nota fiscal autuada e sim de vendas de mercadorias anteriormente efetuadas. Portanto, qualquer aquisição, não importando sua natureza, deve ser incluída no levantamento fiscal. Assim, quanto às aquisições, mesmo que sejam com a finalidade de brindes, e a título oneroso, nada tenho a acrescentar, sendo correto o procedimento fiscal, já que houve desembolso. Entretanto, quanto às trocas, não comungo com a colocação feita pelo autuante. A presunção diz respeito à ocultação de receitas. Ora, em uma troca de mercadoria não existe desembolso. É, apenas, continuação de uma operação comercial iniciada anteriormente. Ela somente poderia ser considerada para determinar a presunção legal se a operação original, de igual forma, não tivesse sido escriturada, fato não aventado neste processo. No caso, caberia a aplicação de multa sobre tais operações, o que não foi feito.

Afora esta colocação, analisando as notas fiscais (fls. 1.537/1.650) que motivaram a autuação, ainda faço as seguintes observações:

1. a Nota Fiscal nº 949.599, emitida pela Johnson & Johnson Ind. e Com Ltda. em 2/3/2000 (fl. 1.548), além de ter como natureza da operação “remessas grátis”, as quantidades ratificam esta situação (8 e 4 unidades de cada produto). Entendo que este documento deve ser excluído do levantamento fiscal.

2. a Nota Fiscal nº 382.002, emitida pela Luxottica do Brasil Ltda em 25/8/2000 (fl. 1.580), não foi compra realizada pelo autuado e sim pela empresa Prisma Comercial de Presentes Ltda. Este documento deve ser excluído do levantamento fiscal.

3. a Nota Fiscal nº 153.827, emitida pela Johnson & Johnson Ind. e Com Ltda. em 21/3/2001 (fl. 1.608), além de ter como natureza da operação “remessas grátis”, as quantidades ratificam esta situação (1 e 4 unidades de cada produto). Excluída do levantamento fiscal.

4. a Nota Fiscal nº 273.056, emitida pela Johnson & Johnson Ind. e Com Ltda. em 27/11/2001 (fl. 1.648), além de ter como natureza da operação “amostra grátis”, as quantidades ratificam esta situação (6 e 8 unidades de cada produto). O documento deve ser excluído do levantamento fiscal.

Ressalto, por oportuno, que embora na maioria das notas fiscais emitidas pela Sola Brasil Indústria Ótica Ltda. tenha como natureza da operação “Remessa (Nac) Brinde e/ou Bonificação” – CFOP 6.99 (Notas Fiscais nº 014.853 – fl. 1.574; nº 035.572 - fl. 1.603; nº 036.821 – fl. 1.604; nº 043.252 – fl. 1.612; nº 046.595 – fl. 1.615; nº 055.119 – fl. 1.619; nº 059.560 – fl. 1.623; nº 067.278 – fl. 1.631; nº 069.844 – fl. 1.643), pelas quantidades de lentes e armações para óculos consignadas nos documentos fiscais (exemplo: 300 e 200 armações, 5.302, 2.900, 1.100 lentes de contatos) não se pode caracterizar qualquer brinde oferecido gratuitamente pelo fornecedor. Estes documentos devem compor o levantamento fiscal.

Isto posto, o demonstrativo de débito desta infração passa para o valor de R\$141.070,79, conforme abaixo indicado, após a exclusão dos documentos fiscais acima comentados.

NOTAS FISCAIS EXCLUÍDAS

Nº NF	DATA	REMETENTE	VALOR	ICMS
10.206	4/2/00	BL Indústria Ótica Ltda	4.715,22	801,59
10.453	9/2/00	BL Indústria Ótica Ltda	1.859,00	316,03
10.501	9/2/00	BL Indústria Ótica Ltda	2.193,13	372,83
208.027	29/2/00	Luxottica do Brasil Ltda	51,25	8,71
208.028	29/2/00	Luxottica do Brasil Ltda	494,87	84,13
208.029	29/2/00	Luxottica do Brasil Ltda	259,37	44,09
208.030	29/2/00	Luxottica do Brasil Ltda	205,05	34,86
208.032	29/2/00	Luxottica do Brasil Ltda	155,47	26,43
208.033	29/2/00	Luxottica do Brasil Ltda	703,26	119,55
TOTAL FEV/2000 EXCLUÍDO				1.808,23
ICMS EXIGIDO AI				2.590,22
DIFERENÇA EXIGIDA				781,99
949.599	2/3/00	Johnson & Johnson Ind Com	2.599,00	441,83
312.880	25/3/00	Luxottica do Brasil Ltda	166,09	28,24
317.595	25/3/00	Luxottica do Brasil Ltda	71,45	12,15
317.596	25/3/00	Luxottica do Brasil Ltda	113,94	19,37
317.597	25/3/00	Luxottica do Brasil Ltda	142,89	24,29
317.599	25/3/00	Luxottica do Brasil Ltda	96,55	16,41
TOTAL MAR/2000 EXCLUÍDO				542,29
ICMS EXIGIDO AI				34.272,12
DIFERENÇA EXIGIDA				33.729,83
323.260	10/4/00	Luxottica do Brasil Ltda	83,51	14,20
14.900	12/4/00	BL Indústria Ótica Ltda	2.741,40	466,04
15.128	14/4/00	BL Indústria Ótica Ltda	1.060,01	180,20

328.129	24/4/00	Luxottica do Brasil Ltda	105,24	17,89
329.185	26/4/00	Luxottica do Brasil Ltda	87,61	14,89
329.305	27/4/00	Luxottica do Brasil Ltda	172,05	29,25
TOTAL ABR/2000 EXCLUIDO				722,47
ICMS EXIGIDO AI				1.366,81
DIFERENÇA EXIGIDA				644,34

331.427	3/5/00	Luxottica do Brasil Ltda	81,41	13,84
TOTAL MAI/2000 EXCLUIDO				13,84
ICMS EXIGIDO AI				3.352,50
DIFERENÇA EXIGIDA				3.338,66

85.324	3/8/00	Johnson & Johnson Ind Com	1.635,00	277,95
85.325	3/8/00	Johnson & Johnson Ind Com	3.186,00	541,62
85.326	3/8/00	Johnson & Johnson Ind Com	1.836,00	312,12
85.327	3/8/00	Johnson & Johnson Ind Com	1.188,00	201,96
382.002	25/8/00	Luxottica do Brasil Ltda	158,54	26,95
382.033	25/8/00	Luxottica do Brasil Ltda	121,22	20,61
382.034	25/8/00	Luxottica do Brasil Ltda	109,28	18,58
382.204	25/8/00	Luxottica do Brasil Ltda	70,60	12,00
TOTAL AGO/2000 EXCLUIDO				1.411,79
ICMS EXIGIDO AI				3.451,79
DIFERENÇA EXIGIDA				2.040,00

153.827	21/3/01	Johnson & Johnson Ind Com	643,97	109,47
TOTAL MAR/2001 EXCLUIDO				109,47
ICMS EXIGIDO AI				2.305,97
DIFERENÇA EXIGIDA				2.196,50

478.940	10/4/01	Luxottica do Brasil Ltda	688,20	116,99
TOTAL ABR/2001 EXCLUIDO				116,99
ICMS EXIGIDO AI				419,59
DIFERENÇA EXIGIDA				302,60

273.056	27/11/01	Johnson & Johnson Ind Com	1.152,38	195,90
TOTAL NOV/2001 EXCLUIDO				195,90
ICMS EXIGIDO AI				20.228,95
DIFERENÇA EXIGIDA				20.033,05

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 4

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO (R\$)	MULTA (%)
10	31/1/00	9/2/00	204,00	70
10	28/2/00	9/3/00	781,99	70
10	31/3/00	9/4/00	33.729,83	70
10	30/4/00	9/5/00	644,34	70
10	31/5/00	9/6/00	3.338,66	70
10	30/6/00	9/7/00	1.168,02	70
10	31/7/00	9/8/00	2.724,79	70
10	31/8/00	9/9/00	2.040,00	70
10	30/9/00	9/10/00	6.667,14	70
10	30/11/00	9/11/00	16.089,26	70
10	31/12/00	9/1/01	5.148,06	70
10	31/1/01	9/2/01	3.167,34	70
10	28/2/01	9/3/01	13.551,21	70
10	31/3/01	9/4/01	2.196,50	70
10	30/4/01	9/5/01	302,60	70
10	31/5/01	9/6/01	9.855,78	70
10	31/7/01	9/8/01	12.164,16	70
10	31/8/01	9/9/01	589,29	70

10	30/9/01	9/10/01	2.720,68	70
10	31/10/01	9/11/01	3.547,79	70
10	30/11/01	9/12/01	20.033,05	70
10	31/12/01	9/1/02	406,30	70
TOTAL			141.070,79	

A infração 5 diz respeito à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, quando foi presumida a ocorrência de operações sem pagamento do imposto, conforme art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, ou seja e mais uma vez o autuante acusou o contribuinte de ter realizado operações anteriores de saída de mercadorias sem a emissão do documento fiscal.

O sujeito passivo disse que todos os pagamentos efetuados estavam registrados no seu livro Razão, portanto não poderia ser obrigado a recolher um tributo que já havia sido, anteriormente, recolhido. Nesta circunstância, não sabia quais os motivos que levaram a fiscalização a declarar que os pagamentos não haviam sido contabilizados. O autuante, quando de sua informação fiscal, concordou com o defendente, afirmando ter havido confusão, tanto nos lançamentos, quanto na apuração dos pagamentos, todos registrados na escrita contábil da empresa. (conta de ativo de n.º 1.6.2.01.01.0017, intitulada como “Imóveis Sh. Center Feira de Santana”). Ou seja, os pagamentos foram lançados a débito numa conta de ativo, quando deveriam ter sido lançados a débito na conta de nº 4.1.1.03.01.0007 (conta do passivo), intitulada como Aluguéis e Condomínios. Porém, como os pagamentos foram realizados, opinou pela desconstituição desta infração, cujo entendimento comungo.

Uma ação fiscal é ato administrativo vinculado às determinações legais, que lhe dão limites de ação. No caso, embora possa ter havido equívoco de lançamento na escrita contábil do impugnante, este fato, por si só, não pode caracterizar uma infração, já que provado que os pagamentos foram efetuados. Além do mais, não houve qualquer comparação com outra situação, ou mesmo um cotejamento entre as receitas e despesas que pudesse caracterizar alguma irregularidade, ou seja, ocultação de receita. E, ainda, como na infração 4 se exigiu o ICMS por presunção no exercício de 2001, caso presente, se esta infração fosse mantida, poderia estar havendo duplicidade de lançamento. A infração é insubsistente.

Na infração 6 é cobrada multa de 1% sobre o valor das operações, tendo em vista as entradas, no estabelecimento, de mercadorias não tributáveis sem o devido registro na escrita fiscal. As notas fiscais foram capturadas junto ao sistema CFAMT desta Secretaria da Fazenda. O autuado não contestou as aquisições efetuadas através das notas fiscais autuadas, inclusive trouxe aos autos cópias das mesmas que lhe foram fornecidas pela fiscalização (fls. 2.274/2.306), porém entendeu que não se referiam à mercadorias, e, sim, a objetos, que se destinaram à publicidade, amostra grátis, de construção, etc e de pequenos valores.

Diante da norma tributária não posso aceitar o argumento de defesa. A multa está expressamente prevista no art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96 e o art. 322, do RICMS/97 determina que serão escriturados, no livro Registro de Entradas, todas as mercadorias ou bens, adquiridos a qualquer título, que entrarem no estabelecimento. Este artigo indica todos os procedimentos a serem seguidos pelo contribuinte. Com base nestas determinações mantenho a autuação no valor de R\$91,86.

Voto pela procedência em parte do Auto de Infração para exigência do imposto no valor de R\$ 994.869,94 e mais a multa de R\$91,86.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **281401.0029/04-5**, lavrado contra **SUPERLENTE COMÉRCIO DE LENTES E ÓCULOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado

para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 994.869,94**, sendo R\$100.956,11 atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$136,39 e de 70% sobre R\$ 100.819,72, previstas no art. 42, VII, “a” e III, da Lei 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$893.913,83 acrescido das multas de 60% sobre R\$74,08 e de 70% sobre R\$ 893.839,75, previstas nos incisos VII, “a” e III do art. e lei citado com os acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$91,86**, prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de abril de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR