

A. I. N° - 108880.0005/05-7
AUTUADO - VINÍCOLA SANTAROSA LTDA.
AUTUANTE - MARIA CONSUELO GOMES SACRAMENTO
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 18.11.2005

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0409-01/05

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. TRIBUTO RECOLHIDO A MENOS. AS acusações estão relacionadas com as infrações 1 e 5, as quais tiveram origem na reconstituição da conta corrente fiscal. Reduzido o débito com base em elementos probatórios apresentados pelo autuado. Infrações mantidas parcialmente. 2. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Acusação não elidida. 3. ALÍQUOTA. ACRÉSCIMO DE DOIS PONTOS PERCENTUAIS. FALTA DE INCLUSÃO E PAGAMENTO E PAGAMENTO A MENOS. AS operações vinculadas à presente lide estão sujeitas ao acréscimo de dois pontos percentuais adicionais com destinação específica e vinculada ao Fundo Estadual de Combate e Erradicação da Pobreza. Mantidas as exigências relacionadas as infrações 3 e 4 e, parcialmente, em relação a infração 6. 4. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTINS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Reduzido o valor do débito. 5. DIFERENÇA DE ALÍQUOTA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE BENS DESTINADOS AO ATIVO FIXO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Autuado comprova descaber parte da exigência do tributo. 6. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** IMPOSTO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. Infração confirmada. **b)** IMPOSTO RETIDO E RECOLHIDO A MENOS. Autuado elide parte da acusação fiscal. Efetuada adequação da multa aplicada. 7. LIVROS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. MULTA. **a)** LIVRO REGISTRO DE CONTROLE DE PRODUÇÃO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. **b)** LIVROS REGISTRO DE ENTADAS, DE SAÍDAS E DE APURAÇÃO DO ICMS. FALTA DE ENCADERNAÇÃO. Acusações não elididas. Rejeitadas as preliminares argüidas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/06/2005, exige ICMS no valor de R\$798.246,23, além da multa no valor de R\$ 140,00, pelas seguintes irregularidades:

- 1) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Após reconstituição da Conta Corrente, e excluídos os créditos indevidos decorrentes de uso a mais, uso de crédito sem a apresentação de documentos fiscais e saídas tributadas a menos, constatou-se a falta de recolhimento do imposto, nos meses de agosto a dezembro de 2002, abril, junho a agosto de 2003, agosto a dezembro de 2004, no valor de R\$62.113,06;
- 2) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A empresa não apresentou os livros fiscais escriturados, sob a alegação de que os documentos encontravam-se na fiscalização. As DMAs referente aos meses encontra-se zeradas, conforme demonstrativos de entradas, saídas e conta corrente fiscal, nos meses de janeiro a março de 2005, no valor de R\$ 53.205,35;
- 3) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Deixou de recolher o ICMS Adicional de Combate a Pobreza, nos meses, de junho a dezembro de 2003, janeiro, agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004, no valor de R\$31.558,39;
- 4) deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. A empresa deixou de recolher o ICMS Adicional de Combate a Pobreza, por não haver escriturado os livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a março de 2005, no valor de R\$18.926,58;
- 5) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Detectado através da reconstituição da conta corrente fiscal o uso de créditos indevidos decorrente de uso a mais, uso de crédito sem a apresentação dos documentos fiscais e saídas tributadas a menos, nos meses de setembro a dezembro de 2003, abril e maio de 2004, no valor de R\$ 5.880,70;
- 6) recolheu a menos ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Recolheu a menos o imposto Adicional Fundo de Combate à Pobreza, nos meses de março, maio a julho, setembro, outubro e dezembro de 2002 e outubro de 2004, no valor de R\$ 576,32;
- 7) falta de recolhimento de ICMS decorrente de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Apurado através da reconstituição do caixa a existência de saldo credor, tudo conforme demonstrativos de entradas e saídas constando as datas de recebimentos e pagamentos, resumo de caixa diário, mensal e cópias de livros e documentos fiscais, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a julho de 2003, e abril a setembro de 2004, no valor de R\$ 322.776,36;
- 8) deixou de recolher ICMS decorrente da diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento. Adquiriu mercadorias para o ativo fixo, através das notas fiscais nºs 25440, 15603, 2899 e 8181, nos meses de junho de 2002 e maio de 2004, no valor de R\$ 9.056,26;
- 9) deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. A empresa vendeu produtos enquadrados no regime de substituição tributária (vinho), reteve e não recolheu o imposto, nos meses de agosto, setembro, novembro e dezembro de 2004 e janeiro a março de 2005, no valor de R\$ 89.926,30;
- 10) reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Apurado o recolhimento a menos do imposto nas vendas de vinhos a diversos contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a março, maio a julho, setembro e

outubro de 2002, dezembro de 2003 e fevereiro, abril a julho e outubro de 2004, no valor de R\$10.561,12;

11) deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. Valores apurados através da reconstituição do caixa, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a julho de 2003 e abril a setembro de 2004, no valor de R\$193.665,79;

12) deixou de apresentar o livro Registro de Controle da Produção, quando regularmente intimado, sendo aplicada multa no valor de R\$ 90,00;

13) utilização e/ou apresentação dos livros fiscais (Registro de Entradas, Saídas, Apuração e Inventário) sem a encadernação, sendo aplicada multa no valor de R\$ 50,00.

O autuado, às fls. 2110/2125, através de seus representantes legalmente constituídos, apresentou defesa arguindo nulidade do Auto de Infração por afronta ao princípio da segurança jurídica e da moralidade, transcrevendo trechos de ensinamentos de doutrinadores e citando o art. 5º, inciso LV, da CF/88, afirmando que os atos praticados fora dos ditames da moralidade e lealdade que afetem de forma decisiva ou mesmo indireta o exercício do direito da ampla defesa, fulminam de ilegalidade.

Alegou que o ato administrativo não foi realizado dentro dos padrões e ditames constitucionais, não havendo a estrita e indispensável aplicação de moralidade e ética administrativa. A não observância dos ditames principiológicos administrativos e constitucionais encontra-se evidenciado pelos fatos, na forma que se segue:

- a) inúmeros lançamentos foram realizados com a inserção duplicada de notas fiscais e bases de cálculo;
- b) diversas bases de cálculo apuradas de forma distorcidas e majoradas. Consta lançamento com base de cálculo majorada em mais de 1.000%, quando não da utilização da numeração da nota fiscal como se fosse base de cálculo;
- c) Inúmeros documentos apresentados pelo autuado deixaram de ser apreciados na ação fiscal, sendo os mesmos lançados enquanto crédito indevido;
- d) na reconstituição do caixa, a despeito do destaque presente nas notas fiscais, lançou os valores do financiamento na sua totalidade enquanto gastos imediatos, o que gerou uma distorção de larga monta;
- e) não foi considerado o direito que o autuado possuiu no que diz respeito à redução em 30% da base de cálculo, conforme estabelece o art. 87 do RICMS.
- f) foram lançados supostos débitos já englobados por parcelamento - período homologado;
- g) considerou como fato gerador operações de alienação fiduciária em garantia, o que é vedado pelo art. 6º, XII, do RICMS/97.

Somando-se o acima exposto, além de ter sido dificultada a análise da autuação, foi lavrado Auto de Infração absurdamente “inchado” e totalmente apartado da realidade dos fatos, não tendo o autuado se furtado, em nenhum momento, da apresentação dos documentos solicitados.

Requeru a nulidade do Auto de Infração por afronta aos princípios constitucionais da moralidade, eticidade e segurança jurídica.

Infrações 01 e 05 – alegou que a fiscalização deixou de levar em conta mais de duas dezenas de notas fiscais quando da apuração realizada, gerando uma distorção no lançamento fiscal. Também

informou que a recomposição de caixa realizada pela fiscalização encontra-se eivada de nulidade, tendo sido fornecida toda a documentação solicitada e contribuído de todas as formas e maneiras possíveis para o andamento normal da fiscalização.

Disse estar anexando as notas fiscais que comprovam os lançamentos e creditamento de ICMS considerados como utilização de crédito indevido pela ausência das mesmas. Requereu a aplicação dos arts. 20 e 21 do RPAF/99.

Infração 02 – disse não ter sido levada em conta pelo fisco a realidade dos fatos, visto que existia, à época, um fato impeditivo para a escrituração em determinados livros fiscais, ou seja, os livros se encontravam em poder da fiscalização, não tendo o autuado como proceder a escrituração de determinados períodos. Assim, operações não foram escrituradas devido ao fato impeditivo, cuja ocorrência deu-se pelo próprio fisco, já que os documentos de 2005 foram arrecadados pela SEFAZ. No entanto, com a devolução dos livros e documentos, o autuado deu início à escrituração não tendo havido tempo hábil para a finalização das mesmas. Anexou documentos que disse corroborar com o exposto.

Infração 04 – apresentou planilha alegando que a base de cálculo utilizada pela fiscalização encontra-se distorcida e fora da realidade material. A referida planilha encontra respaldo e comprovação através da vasta documentação anexa às infrações 01 e 05, já impugnadas.

Infração 07 – alegou que a reconstituição do caixa foi realizada de forma equivocada, haja vista a contabilização errada de valores e lançamentos contábeis a mais quando não em duplicidade e sem a apuração e contabilização de documentos fiscais devidamente apresentados à fiscalização.

Disse estar juntando as notas fiscais que comprovam a ocorrência de lançamento em duplicidade (NF 000175, páginas 14 de 15, resumo geral de débito), lançamento com base de cálculo distorcida em até 1000% (nota fiscal da Telemar – página 04, resumo geral de débito), lançamento de máquinas e equipamentos financiados, lançamento de nota fiscal de devolução como receita (NF 1071 – pág. 10 de 18, resumo geral de débito). Disse ainda ter feito constar no rodapé das notas fiscais, juntamente com observações apostas no rodapé das mesmas e planilha indicando a localização do seu lançamento no resumo geral de débito com breves comentários acerca da natureza do ato realizado.

Não existindo, dentro da legalidade, como o fisco considerou uma reconstituição de caixa de forma tão arbitrária, cujo resultado não reflete a realidade dos fatos contábeis como indício plausível da ocorrência de fatos geradores.

Citou lições do tributarista Roque Antonio Carrazza sobre “presunção” e transcreveu o art. 2º do RPAF/99, para argumentar que o lançamento está eivado de nulidade e os arts. 150, I e 146, II, “a”, da CF/88.

Infração 08 – alegou que as notas fiscais nºs 25440, 15603, 2899 e 8181, em que foi exigida a diferença de alíquota se refere a operações realizadas sob a forma de alienação fiduciária em garantia, realizadas junto ao Banco do Nordeste do Brasil, inclusive, no corpo das notas fiscais glosadas, encontra-se aposto carimbo bastante legível da operação realizada “alienação fiduciária em garantia”, não havendo imposto a recolher (art. 6º, XII, do RICMS/97).

Assim, no caso concreto, não há que se aventar a tributação intentada pelo fisco, já que as operações encontram-se albergadas pela norma de não incidência tributária.

Infrações 09, 10 e 11 - o fisco deixou de aplicar a redução de base de cálculo elencada no art. 87, XXVI, do RICMS/97, a qual faz jus o autuado, fato que gerou a distorção na base de cálculo utilizada pela fiscalização gerando uma quantificação tributária excessiva e fora da legalidade.

Pugnou pela adequada aplicação do dispositivo legal para que se possa atingir a quantificação correta do tributo.

Requeru, ainda, seja aplicada a redução de base de cálculo, prevista no art. 87, XXVI, do RICMS/97 em todas as demais infrações quando cabíveis, haja vista que as apurações das bases de cálculo naquelas também se encontravam sem as devidas reduções autorizadas no RICMS.

Na infração 11 ocorreram lançamentos já englobados por parcelamento. A documentação juntada comprova que o período de novembro e dezembro de 2002, janeiro, fevereiro, abril a dezembro de 2003 e janeiro de 2004, foi sujeito à realização de parcelamento para o mesmo, haja vista a vedação de bi-tributação.

Entendeu que devem ser expurgados R\$ 151.083,93, sem prejuízo da imperiosa redução da base de cálculo já exposta.

Pugnou pela improcedência das infrações 09, 10 e 11, na sua totalidade.

Alegou estar comprovando, através de diversos documentos anexos, publicações de comunicação em jornal de grande circulação, correspondências enviadas a diversas empresas e protocolo de procedimento administrativo junto à SEFAZ, que empresas utilizaram dos seus registros e dados cadastrais de forma desautorizada e ilícita para burlar o Fisco, sendo emitidas diversas notas por terceiros como se fossem realizadas pelo autuado.

Requeru seja declarada nulidade absoluta do Auto de Infração, pugnou pela aplicação da redução da base de cálculo (art. 87 do RICMS), ultrapassada, sejam acolhidos os argumentos jurídicos e fáticos expostos pela improcedência da autuação, diante da afronta aos princípios administrativos e constitucionais, além do cerceamento. Por fim, pugnou pela produção de todos os meios de prova permitidos em direito, juntada posterior de documentos e apresentação dos originais, em caso de impugnação das cópias juntadas.

A autuante, às fls. 2490/2501, informou não ter havido o alegado cerceamento de defesa, haja vista que todos os livros e documentos apresentados para fiscalização foram devolvidos, mediante ciência. Informou que a dificuldade do contribuinte em verificar os lançamentos feitos na ação fiscal deve-se ao fato da desorganização da empresa, dificuldade experimentada durante os trabalhos de fiscalização. A ação fiscal foi desenvolvida com base no RPAF/99, através de intimação à empresa, em 06/04/05.

Esclareceu que os diversos lançamentos em duplicidade alegados pelo autuado, após verificação foram excluídos e elaborados novos demonstrativos de entradas, resumo de caixa diário e resumo de caixa mensal, todos anexos ao processo. Também foram retificadas as bases de cálculos que o autuado alegou terem sido apuradas de forma distorcida e majoradas. Disse que as notas fiscais de entradas não consideradas na ação fiscal e lançadas pelo autuado a crédito na conta corrente não foram consideradas por não terem sido apresentadas. Após verificação no livro fiscal, os referidos documentos foram tomados para a composição da conta corrente e tais documentos não foram incluídos no levantamento do caixa, por gerar uma diferença a maior. Anexado o demonstrativo da conta corrente.

No que se refere aos valores de financiamento, informou que o valor de R\$ 98.610,00 se refere a aquisição de ativo fixo, junto a empresa ARBRÁS, através da nota fiscal nº 15603 de 04/06/02, não considerado em nenhum momento no demonstrativo por não ser conhecido o valor pago.

Quanto à redução da base de cálculo em 30% (art. 87, XXVI, do RICMS/97), a mesma foi utilizada na ação fiscal a partir do dia 23/11/04, no entanto obteve, através de consulta ao Plantão Fiscal da SEFAZ a confirmação de que a redução deverá ser aplicada a partir de 05/11/04, já que tal dispositivo foi acrescentado pela alteração nº 59, Dec. 9209 de 04/11/2004, publicado em 05/11/2004.

Foi feito o demonstrativo consignando a redução entre os dias 05 a 22/11/04 que não foi considerada na ação fiscal.

A alegação de que foram lançados os débitos já englobados por parcelamento, esclareceu que estes valores constam no demonstrativo da conta corrente, na coluna ICMS-ST, portanto, tais valores não estão incluídos no valor exigido, como afirmou o autuado, podendo ser constatado no demonstrativo original e no novo demonstrativo da conta corrente.

Informou que em relação aos diversos lançamentos que o autuado alegou se tratar de operações de alienação fiduciária em garantia, apenas na nota fiscal nº 15603 de 04/06/2002 consta carimbo de alienação junto ao BNB, sendo excluído o valor da referida nota fiscal.

Na infração 01 – o critério para execução do papel e trabalho foi o de considerar todas as notas fiscais de entradas e de saídas apresentadas pela empresa que foram digitadas com os valores do imposto e lançadas na planilha da conta corrente com os valores listados e deduzidos. Foram incluídos os valores devidos a título de ICMS-ST e ICMS Adicional Fundo de Pobreza, não tendo sido embutido nesta planilha os valores encontrados como estouro de caixa, como afirmou o autuado.

Infração 02 – parte da documentação foi apreendida em 30/03/05 e outra apresentada posteriormente à fiscalização após intimação e a escrituração é feita através de processamento de dados desde 2004 e os lançamentos deste débito foram até o dia 21/03/05 (transcreveu o art. 319, §1º do RICMS/97). Informou que também não constam nesta infração valores de estouro de caixa, como afirmou o autuado.

Infração 03 – os valores estão destacados no Anexo 01 – Demonstrativo de conta corrente e não constam destes débitos valores referentes a estouro de caixa.

Infração 04 – o valor apontado está relacionado com a infração 02.

Infração 05 – se refere a uso de crédito fiscal a mais, e saídas tributadas a menos, identificado na determinação do valor da base de cálculo.

Infração 06 – erro na determinação da base de cálculo, ao calcular o Adicional Fundo de Combate à Pobreza decorrente de saídas tributadas a menos.

Infração 07 – o critério adotado foi o de listar todas as notas fiscais de entradas com os devidos vencimentos constantes dos mesmos, bem como cópia de cheques onde constam datas de pagamentos, despesas gerais (pagamentos de impostos, federal e estadual, salários, FGTS, telefone, energia), tudo conforme documentos apresentados pelo autuado. As notas fiscais de saídas foram listadas diariamente e comparadas como recebimento à vista, o saldo inicial foi considerado “zero”, tendo em vista que o extrato bancário apresentava saldo devedor, ou seja, a empresa utilizava parte do limite. O roteiro foi adotado pela constatação de que o autuado comprava mais do que vendia e por ter sido verificado nos talões de 2005 vestígios de que a empresa estaria calçando os documentos fiscais, podendo ser comprovado através das cópias das notas fiscais anexadas nas páginas 1086 a 1214, que a empresa utilizava o artifício de colocar uma folha de papel ofício entre a 1ª e 2ª vias das notas fiscais, somente depois preenchendo a 2ª via (fixa) com quantidade e valor que quisesse.

Infração 08 – excluída a nota fiscal nº 15603, por se tratar de bem com alienação fiduciária em garantia.

Infração 09 – o valor do imposto foi apurado listando todas as notas fiscais de saídas com o imposto devido: Normal, substituído e o adicional, e confrontados com os valores pagos e/ou parcelados.

Infração 10 – o critério utilizado foi o mesmo apontado no item anterior.

Infração 11 – tais valores foram apuradas através do estouro de caixa. Com base nos valores encontrados na infração 07, tendo sido aplicada a MVA e deduzido o valor normal. Nesta infração não foi reduzida a base de cálculo porque no período encontrado o benefício não existia. A atividade da empresa é industrialização, ou seja, a transforma o vinho com adição de açúcar, álcool e água em sangria.

Infrações 12 e 13 – multas pela não apresentação do livro Registro de Controle de Produção e Estoque e não encadernação dos livros fiscais do exercício de 2004.

Esclareceu que em relação a alegação de que terceiros utiliza os dados da empresa para realizar operações, não tem respaldo já que todas as notas fiscais de entradas lançadas no demonstrativo de caixa foram entregues pelo próprio autuado. As notas fiscais listadas pela empresa como sendo adquiridas por terceiros não constam do levantamento fiscal.

A Inspetoria de Simões Filho, à fl. 2582, intimou o autuado a comparecer na Inspetoria, no prazo de 10 dias para tomar ciência de documentos anexados ao Auto de Infração, o que ocorreu, no entanto, na intimação não foi observado o que determina o § 7º do art. 127 combinado com o §1º do art. 18, ambos do RPAF/99, estabelece que:

Art. 127. O Auditor Fiscal autuante terá o prazo de 20 (vinte) dias, contado da apresentação da defesa, para prestar a informação fiscal

§ 7º Se na informação fiscal forem aduzidos fatos novos ou se forem anexados aos autos novos demonstrativos ou levantamentos, o órgão preparador deverá dar ciência ao sujeito passivo, observado o disposto no § 1º do art. 18.

Art. 18. São nulos:

...

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

Assim, esta 1ª JJF deliberou, em pauta suplementar, que o processo fosse encaminhado à INFAZ SIMÕES FILHO, solicitando que o órgão competente intimasse o autuado, entregando-lhe, no ato da intimação e mediante recibo específico, cópia da informação fiscal e dos novos elementos juntados, todos às fls. 2490 a 2580 dos autos, comunicando-lhe do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar nos autos.

Havendo manifestação do autuado, fosse dada ciência a autuante.

Atendida a solicitação acima requerida, não consta dos autos manifestação do autuado.

VOTO

Rejeito os argumentos de nulidade suscitados pelo autuado, haja vista que a descrição dos fatos apontados no Auto de Infração, bem como, os demonstrativos e levantamentos que fazem parte da acusação fiscal indicam como foi apurado o imposto, tendo o sujeito passivo recebido cópia

de todos os elementos constitutivos dos autos, além de ter sido sanado os equívocos apontados pelo autuado, quando da informação fiscal prestada pela autuante, tendo o contribuinte recebido cópia dos novos documentos e sido informado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar a respeito dos novos demonstrativos juntados nos autos, não tendo, o sujeito passivo, trazido nenhum elemento que viesse a modificar o novo levantamento realizado pelo autuante. Assim, vislumbro a ocorrência das hipóteses elencadas no art. 18 do RPAF/99. Além do que o autuado ao adentrar no mérito da ação fiscal, demonstrou ser conhecedor de todos os elementos que deram origem ao lançamento do crédito tributário, inexistindo qualquer impedimento que justifique ter havido cerceamento de defesa ou falta de motivação para a exigência do crédito tributário.

Quanto à arguição de inconstitucionalidade da multa por entender que a mesma é confiscatória e desrespeita o princípio da isonomia, ressalto que, com base no art. 167, I do RPAF/99, não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade.

No presente processo fiscal está sendo exigido ICMS, tendo sido apontados irregularidades decorrente de: 1) na reconstituição da conta corrente fiscal, excluídos os créditos indevidos decorrentes de uso a mais, uso de crédito sem a apresentação de documentos fiscais e saídas tributadas a menos, constatou-se a falta de recolhimento do imposto; 2) não apresentação dos livros fiscais escriturados, deixando de recolher o imposto devido; 3) não recolhimento do ICMS Adicional de Combate a Pobreza; 4) deixou de recolher o ICMS Adicional de Combate a Pobreza, por não haver escriturado os livros fiscais próprios; 5) uso de créditos indevidos decorrente de utilização a mais, uso de crédito sem a apresentação dos documentos fiscais e saídas tributadas a menos, apurado na reconstituição da conta corrente fiscal. 6) recolhimento a menos ICMS Adicional Fundo de Combate à Pobreza; 7) omissão de saída de mercadorias tributáveis, sem a emissão do documento fiscal, identificada através da existência de “Saldo Credor de Caixa”, presunção legal estabelecida em lei (art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96), apurada através da reconstituição do caixa; 8) diferença entre as alíquotas internas e interestaduais, na aquisição de mercadorias oriundas de outras unidades da Federação, destinadas ao ativo fixo do próprio estabelecimento; 9) deixou de recolher o ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado; 10) reteve e recolheu a menos o ICMS, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativas às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado; 11) deixou de proceder a retenção do ICMS e o seu consequente recolhimento, na condição de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, valores apurados através da reconstituição do caixa; 12 e 13 – multa decorrente de descumprimento de obrigação acessória, pela não apresentação do livro Registro de Controle da Produção e não encadernação dos livros fiscais.

Na impugnação, o autuado alega lançamentos em duplicidade, bases de cálculo distorcidas e majoradas, documentos fiscais não apreciados, lançamento de notas fiscais relacionados a valores financiados como sendo pagamentos efetuados de imediato, não observância da redução da base de cálculo como estabelece o art. 87 do RICMS, inclusão de valores que foram objeto de parcelamento anterior à autuação, operações de alienação fiduciária não observadas o disposto no pelo art. 6º, XII, do RICMS/97 e, que a não escrituração de determinados livros à época da ação fiscal decorreu do fato dos livros se encontravam em poder da fiscalização, não tendo havido tempo hábil para a finalização da escrituração dos livros fiscais. Anexa aos autos cópias de documentos para comprovar suas alegações.

Alega, ainda, que empresas com o intuito de burlar o Fisco utiliza de forma desautorizada os seus dados cadastrais, sendo emitidas diversas notas fiscais por terceiros como se fossem operações realizadas pelo autuado e que foram feitas publicações em jornal de grande circulação,

correspondências enviadas a diversas empresas e protocolo de procedimento administrativo junto à SEFAZ.

Na informação fiscal, a autuante reexamina todos os elementos de prova trazidos aos autos pelo autuado, excluindo-os da autuação e elaborando novos demonstrativos. Esclarece, ainda, que o critério utilizado para a reconstituição da conta corrente fiscal que originou na exigência do imposto em relação às infrações 01, 03, 05, 06, 09, 10 e 11, foi o de considerar todas as notas fiscais de entradas e de saídas apresentadas pela empresa que foram digitadas com os valores do imposto e lançadas na planilha da conta corrente com os valores listados e deduzidos. Foram incluídos os valores devidos a título de ICMS-ST e ICMS Adicional Fundo de Pobreza, não tendo sido embutido nesta planilha os valores encontrados como estouro de caixa, como afirmou o autuado.

Infração 01 – ICMS apurado na reconstituição da conta corrente, onde a autuante demonstra ter sido excluído, na apuração do valor devido, os valores relativos a créditos indevidos decorrentes de uso a mais, uso de crédito sem a apresentação de documentos fiscais e saídas tributadas a menos, para que não caracterizasse cobrança em duplicidade, já que os valores dos créditos indevidos foram objeto de outros itens da autuação.

Constato que da reconstituição da conta corrente fiscal a autuante levou em conta a título de pagamentos, além do imposto recolhido nos prazos regulamentares, aqueles decorrentes do parcelamento nº 6000001094044, como se verifica dos demonstrativos apresentados que fazem parte do processo. Assim, não há o que se falar em não inclusão de valores relativos a parcelamentos.

Também, em relação a redução da base de cálculo em 30% a autuante acata e retifica o levantamento, já que só havia considerado a redução da base de cálculo a partir de 23/11/04, quando o correto é a partir da vigência do Decreto nº 9209/04 de 04/11/04, que se deu em 05/11/04 (alteração 59).

Na informação fiscal, a autuante após as devidas retificações, levando em conta os elementos de provas trazidos aos autos pelo autuado, aponta o valor do débito remanescente, valendo observar que o autuado recebeu cópia dos novos demonstrativos e do resultado da informação prestada pela autuante, sendo cientificado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar, no entanto, silencia. Desta forma, considerando o acolhimento das provas trazidas ao processo, pela autuante, o débito a ser exigido passa a ser o abaixo demonstrado:

Mês/An	Valor da autuação	Valor remanescente
08/02	115,37	0,00
09/02	2.242,58	0,00
10/02	3.965,70	0,00
11/02	4.011,33	2.370,57
12/02	5.396,14	5.356,98
04/03	129,53	129,53
06/03	3.560,07	2.954,99
07/03	5.172,62	5.161,11
08/03	8.256,97	8.256,97
08/04	1.535,60	1.535,60
09/04	5.215,74	5.215,74
10/04	3.951,21	3.951,21

11/04	5.351,21	5.351,21
12/04	13.208,99	13.208,99
Total	62.113,06	53.492,90

Infração 02 - ICMS não recolhido nos prazos regulamentares, tendo o autuado alegado que a falta de recolhimento decorreu do fato dos documentos se encontrarem em poder do fisco, trazendo como prova do alegado uma cópia de Termo de Arrecadação de Livros e Documentos Fiscais datado de 30/03/2005, valendo observar que para os meses de janeiro e fevereiro de 2005, já havia sido esgotado o prazo para o recolhimento dos impostos devidos nesses meses. Em relação ao mês de março de 2005, a presente ação fiscal teve início em 06/04/05 e o Auto de Infração lavrado em 22/06/05. Portanto, não tem respaldo legal a argumentação defensiva quanto ao não recolhimento do tributo nos prazos regulamentares, ou seja, houve descumprimento ao estabelecido no art. 124, I, do RICMS/97. Mantida a autuação.

Infrações 03 e 04 – diz respeito ao ICMS Adicional Fundo de Combate a Pobreza não recolhido. Tais valores têm relação com o cálculo do imposto apurado nas infrações 01 e 02, ou seja, corresponde ao percentual de 2% previsto para o Fundo de Combate à Pobreza, que deve ser lançado em separado (art. 51-A, II, § 2º, do RICMS/97). Mantidas as infrações.

Infração 05 - ICMS recolhido a menos em razão de erro na apuração dos valores do imposto. Neste item da autuação foi exigido imposto em relação às diferenças apontadas por utilização a mais de créditos fiscais e em decorrência de saídas com tributação a menos. Autuante refaz os cálculos considerando os documentos apresentados na impugnação, não tendo o autuado se manifestado a respeito do novo demonstrativo de débito apresentado, mesmo tomado ciência do prazo de 10 dias e de ter recebido cópia da informação e dos novos levantamentos.

O débito apontado neste item da autuação passa a ser o abaixo demonstrado:

Mês/Ano	Valor da autuação	ICMS remanescente
09/03	2.268,56	2.268,56
10/03	1.481,30	0,00
11/03	241,58	203,95
12/03	1.003,35	931,95
04/04	828,14	815,29
05/04	57,77	42,75
TOTAL	5.880,70	4.262,50

Infração 06 - diz respeito ao ICMS Adicional Fundo de Combate a Pobreza recolhido a menos. Tal valor tem relação com o cálculo do imposto apurado na infração 05, ou seja, corresponde ao percentual de 2% previsto para o Fundo de Combate à Pobreza, que deve ser lançado em separado (art. 51-A, II, § 2º, do RICMS/97). Houve redução do valor inicialmente apontado, tudo conforme demonstrativo abaixo:

Mês/Ano	Valor da autuação	ICMS remanescente
03/2002	25,38	25,38
05/2002	3,23	3,23
06/2002	6,30	6,30
07/2002	5,09	5,09

09/2002	33,37	33,37
10/2002	131,10	3,10
12/2002	367,90	367,90
10/2004	3,95	3,95
TOTAL	576,32	448,32

Infração 07 - Vale observar que a autuante informa ter constatado aquisições de mercadorias em valores superiores às vendas declaradas e, também, observado vestígios de que a empresa estaria calçando os documentos fiscais de saídas, haja vista os documentos anexados ao processo, fls. 1086 a 1214. Assim, adotando o roteiro de Auditoria da conta “Caixa”, foram levadas em conta as notas fiscais de entradas com os devidos vencimentos constantes dos documentos, bem como de cópias de cheques onde constam datas de pagamentos; as despesas gerais (pagamentos de impostos, federal e estadual, salários, FGTS, telefone, energia), tudo conforme documentos apresentados pelo autuado. As saídas de mercadorias identificadas através das notas fiscais de vendas listadas diariamente e comparadas como recebimento à vista. A exigência do imposto decorre da presunção legal prevista no §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

No tocante ao saldo inicial, a autuante informa ter sido considerado como sendo “zero”, tendo em vista que o extrato bancário apresentava saldo devedor.

Na revisão do roteiro de Auditoria da conta “Caixa”, a autuante exclui do levantamento o valor referente a nota fiscal nº 15603 por constar do documento que se trata de aquisição de bens do ativo fixo que foi adquirido, mediante financiamento, não havendo, portanto, o desembolso imediato, bem outros elementos de prova trazidos pelo autuado que, o final, reduz o valor do débito inicialmente apontado. Também, foram elaborados novos demonstrativos de entradas, resumo diário de caixa e resumo mensal, com as devidas retificações, tendo o autuado recebido cópia da informação fiscal e dos novos levantamentos e sido cientificado do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar em relação aos novos demonstrativos, no entanto silencia. Mantida parcialmente a exigência do tributo, com base nos novos demonstrativos apresentados pela autuante.

Mês/Ano	ICMS autuação	ICMS remanescente
01/02	8.115,37	6.811,19
02/02	1.950,67	2.497,48
03/02	8.288,17	8.288,17
04/02	21.856,36	11.996,01
05/02	15.761,37	15.761,37
06/02	7.577,91	7.577,91
07/02	4.523,52	4.441,22
08/02	4.547,42	4.547,42
09/02	13.128,94	13.143,67
10/02	31.137,79	31.763,15
11/02	24.865,59	24.027,45
12/02	16.584,00	13.205,04
01/03	25.110,99	25.346,10
02/03	11.839,87	11.839,87

03/03	20.156,50	20.156,50
04/03	31.453,79	30.676,19
04/03	13.234,56	13.098,09
06/03	2.079,74	2.079,74
07/03	8.290,82	8.290,82
04/04	5.279,13	4.613,92
05/04	25.889,51	25.889,51
06/04	12.955,51	12.923,88
07/04	4.603,49	4.635,12
08/04	3.504,52	3.504,52
09/04	40,92	40,92
TOTAL	322.776,36	307.155,26

Infração 08 – se refere a cobrança de diferença de alíquota, na aquisição de bens destinados ao ativo fixo. Neste item da autuação a autuante reconhece descaber a exigência do tributo em relação a nota fiscal nº 15603, já que se trata de aquisição de bem com alienação fiduciária em garantia. Correta a exclusão do valor lançado neste item da autuação. Mantida parcialmente a infração.

Ms/Ano	ICMS autuação	ICMS remanescente
06/2002	7.696,26	125,00
05/2004	1.360,00	1360,00
TOTAL	9.056,26	1.485,00

Infração 09 e 10 – Na infração 09 ficou identificado que o autuado reteve o ICMS-ST e não recolheu, já a infração 10 diz respeito a retenção e recolhimento a menos do ICMS-ST. A autuante esclarece ter listado todas as notas fiscais de saídas com os impostos devidos: normal, substituído e Adicional da Pobreza , confrontando-os com os valores pagos e/ou parcelados. Não houve a comprovação do descabimento da autuação em relação a infração 09, assim, mantida a exigência do crédito tributário.

Já em relação a infração 10, o autuado apresenta elementos que comprovam parcialmente a infração. Foi elaborado novo demonstrativo pela autuante indicando o valor remanescente, conforme abaixo demonstrado:

Mês/Ano	ICMS autuação	ICMS remanescente	% MULTA
01/02	194,70	194,70	150
02/02	230,10	230,10	150
03/02	655,69	655,69	150
05/02	40,32	40,32	150
06/02	73,23	73,23	150
07/02	41,62	71,62	150
09/02	247,61	247,61	150
10/02	1.441,22	121,22	150

12/02	899,46	899,46	150
02/04	652,41	652,41	150
04/04	1.572,55	1.572,55	150
05/04	809,50	809,50	150
06/04	1.126,28	1.126,28	150
07/04	1.269,00	1.269,00	150
10/04	1.277,43	1.277,43	150
TOTAL	10.561,12	9.241,12	150

Vale observar que a autuante indica erroneamente multa de 60% para a infração 10, que trata de cobrança de ICMS-ST decorrente de retenção e recolhimento a menos. No entanto, tal descumprimento é passível da aplicação da multa prevista no art. 42, V, “a”, da Lei nº 7.014/96, ou seja, de 150%, ficando, desta maneira, alterada a multa indicada de 60% para 150%.

Infração 11 – diz respeito a exigência do ICMS devido por Substituição Tributária, decorrente das omissões de receitas apuradas através da adoção do roteiro de Auditoria de Caixa. Considerando que o autuado produz a mercadoria que comercializa, no caso, vinho e, tal produto se encontra arrolado dentre os enquadrados no regime de Substituição Tributária, cabe ao autuado a responsabilidade pelo pagamento do imposto que seria devido pelo contribuinte adquirente, como determina o art. 352, I, § 1º, do RICMS/97. Assim, a constatação de vendas de mercadorias sem a emissão do competente documento fiscal, como ficou evidenciada na infração 07 em que foi exigido o imposto devido de responsabilidade do próprio sujeito passivo, na condição de regime normal de tributação, também deve ser exigido o imposto calculado com base na MVA prevista para a operação.

Como houve redução do débito em relação a infração 07, também tal redução repercute no resultado apontado na presente acusação. Foi elaborado novo demonstrativo reduzindo o valor do débito inicial, conforme abaixo demonstrado:

Mês/Ano	ICMS autuação	ICMS remanescente
01/02	4.869,22	4.086,71
02/02	1.170,40	1.498,49
03/02	4.972,90	4.972,90
04/02	13.113,81	7.197,61
05/02	9.456,82	9.456,82
06/02	4.546,75	4.546,75
07/02	2.714,11	2.664,73
08/02	2.728,45	2.728,45
09/02	7.877,36	7.886,20
10/02	18.682,37	19.057,89
11/02	14.919,35	14.416,47
12/02	9.950,64	7.923,02
01/03	15.066,59	15.207,66
02/03	7.103,92	7.103,92

03/03	12.093,90	12.093,90
04/03	18.872,27	18.405,71
04/03	7.940,74	7.858,85
06/03	1.247,85	1.247,85
07/03	4.974,49	4.974,49
04/04	3.167,48	2.768,35
05/04	15.533,71	15.533,71
06/04	7.773,31	7.754,33
07/04	2.762,09	2.781,07
08/04	2.102,71	2.102,71
09/04	24,55	24,55
TOTAL	193.665,79	184.293,14

Infrações 12 e 13 – multas pela não apresentação do livro Registro de Controle de Produção e Estoque e não encadernação dos livros fiscais do exercício de 2004.

Não foram elididas as acusações quanto ao descumprimento das obrigações acessórias, haja vista não ter ficado provada a entrega do Livro Registro de Controle da Produção, como também deixou-se de cumprir a formalidade de encadernação dos livros Registros de Entradas, Saídas e de Apuração do ICMS do exercício de 2004, sendo que a legislação determina que tais livros sejam encadernados dentro de 60 dias, contados da data do último lançamento (art. 316 c/c o art. 704 do RICMS/97).

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

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 108880.0005/05-7 lavrado contra **VINÍCOLA SANTAROSA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 753.994,86**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$85,051,29, 60% sobre R\$190.488,96, 70% sobre R\$379.287,19 e 150% sobre R\$99.167,42, previstas no art. 42, I, “a”, II, “a”, “e” e “f”, III e V, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 140,00**, prevista no art. 42, XX e XXII, do mesmo Diploma Legal.

Esta Junta 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, 07 de novembro de 2005.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE/RELATORA

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - JULGADOR