

A. I. N° - 206948.0017/05-9
AUTUADO - SUPERMERCADO CASTRO LTDA.
AUTUANTE - MARCO AURÉLIO DUTRA REZENDE
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
INTENET - 01/06/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0171-03/06

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Autuante refez os cálculos, ficando reduzido o imposto exigido. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO EFETUADO A MENOS. Autuado não elidiu a exigência fiscal, haja vista que não apresentou qualquer comprovação do recolhimento do imposto exigido. **3.** LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. **a)** OMISSÃO DE LANÇAMENTOS NOS LIVROS FISCAIS DE VALORES ACUMULADOS NA MEMÓRIA FISCAIS DO ECF E NOTAS FISCAIS SÉRIES D-1 E M1. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. **Infração caracterizada.** **b)** CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CONCOMITANTEMENTE AO USO DO EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL. Os contribuintes usuários de equipamento emissor de cupom fiscal (ECF) somente estão autorizados a emitir as notas fiscais de venda a consumidor ou modelo 1 nos casos previstos na legislação. Mantida a penalidade aplicada. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 27/12/2005, refere-se à exigência de R\$41.690,94 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa por descumprimento de obrigação acessória, em decorrência das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, conforme levantamento fiscal efetuado a partir das listagens de notas fiscais constantes no Sistema CFAMT, no período de fevereiro de 2002 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$30.238,98.
2. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios. Lançamentos efetuados a menos nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS dos valores acumulados no ECF, mais os valores das Notas Fiscais D-1 e M-1 emitidas, menos os descontos concedidos. Valor do débito: R\$11.362,79.
3. Efetuou o recolhimento do ICMS a menos, por erro na aplicação da alíquota, na determinação da base de cálculo ou na apuração dos valores do imposto, na qualidade de sujeito passivo

por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Notas Fiscais de números 199775 e 17.647, referentes aos produtos café e balas. Valor do débito: 66,09.

4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Nota Fiscal de nº 17.648, do produto biscoito. Valor do débito: R\$23,68.
5. Emitiu outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal, nas situações em que está obrigado, sendo exigida a multa no valor de R\$1.605,68.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação (fls. 39 a 44), suscitando preliminar de nulidade, alegando que o autuante não muniu o presente Auto de Infração das informações necessárias, para que o autuado pudesse exercer o contraditório. Diz que, em nenhuma das cinco infrações ficou demonstrado o critério adotado pelo autuante para chegar aos valores exigidos, e tal exigência está expressa no art. 39, do RPAF/99. Argumenta que o respeito ao princípio do contraditório é um direito do contribuinte, e por isso entende que ficou impossibilitado de exercer o seu direito de defesa. O defendente pede a nulidade da autuação, com base no art. 18, inciso II, do RPAF/99, que transcreveu, e requer, na remota possibilidade do não acolhimento da nulidade suscitada, que as cinco infrações sejam lançadas em autos de infração individualizados, em virtude da sua variedade e natureza.

Quanto ao mérito, o defendente alega que a primeira infração não está acompanhada das provas necessárias para ensejar a sua procedência. Diz que não se pode conceber que tenha ocorrido entradas de mercadorias não registradas, e saída posterior sem tributação. Pergunta: E se tais mercadorias ainda estivessem no estoque do estabelecimento, no período fiscalizado? E se elas saíram devidamente registradas? E se essas mercadorias fossem alcançadas pela isenção? Argumenta que somente um levantamento contábil-financeiro teria o condão de fazer prova da infração, e conclui afirmando que, em virtude da inexistência de provas torna a exigência fiscal improcedente. O defendente finaliza requerendo a nulidade do Auto de Infração, com fulcro no art. 18, II, combinado com o art. 20, do RPAF-BA. E se não for acolhida a arguição de nulidade, que as infrações sejam lançadas em autos de infração individualizados. Em relação à infração 01, que seja considerada improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 56 a 59 dos autos, rebate a alegação de nulidade apresentada pelo autuado, argumentando que o demonstrativo de débito com os valores correspondentes a cada infração encontra-se às fls. 04 e 05 dos autos, devidamente assinado pelo representante do autuado. Quanto aos critérios adotados na apuração do débito, estão no índice das peças anexas ao Auto de Infração, e os valores pertinentes encontram-se nos demonstrativos devidamente assinados pelo representante do autuado. Entende que está afastada qualquer possibilidade de nulidade da autuação.

Em relação ao pedido formulado pelo defendente para que as cinco infrações sejam individualizadas, diz que o RPAF-BA, prevê que somente em casos especiais, mediante justificativa do Auditor fiscal autuante, o Inspetor Fazendário poderá autorizar a lavratura de mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado. Entende que o caso em questão não se enquadra nessas situações especiais, e por isso, não há qualquer possibilidade de adoção do procedimento solicitado pelo contribuinte, salientando que o Auto de Infração foi lavrado de acordo com as determinações do art. 127-A, e seu parágrafo único, do CTN.

Sobre a primeira infração, o autuante informa que a legislação atribui ao contribuinte o ônus da prova da improcedência da presunção legal, com base na qual foi constituído o crédito tributário. Diz que ao analisar as novas informações recebidas pelo Sistema CFAMT, constatou algumas

incorrekções no demonstrativo original, de fls 11 a 17, e por isso, procedeu às retificações devidas, inclusive com a juntada de cópias das Notas Fiscais não registradas. Salienta que ao corrigir os valores de algumas notas fiscais, constatou que nos meses de abril, maio e julho de 2002, bem como, nos meses de fevereiro e junho de 2003 os valores do débito seriam alterados para mais em relação ao imposto originalmente exigido, mas foram mantidos os valores originais, por serem menores. Assim, após o refazimento dos cálculos, o débito da primeira infração deve ser alterado de R\$30.238,98 para R\$22.350,78. Referente aos demais itens do Auto de Infração, informa que os valores devem ser mantidos, ficando alterado o total do débito para R\$35.408,42, conforme demonstrativo à fl. 59. Em face das retificações efetuadas, e dos novos elementos acostados aos autos, salienta que o autuado deve ser intimado a se manifestar, querendo, nos termos do art. 18, § 1º, do RPAF-BA.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal e demais elementos acostados aos autos pelo autuante, o contribuinte apresentou nova manifestação fiscal às fls. 187/188, argumentando que, não obstante a retificação efetuada na apuração do imposto da primeira infração, houve uma tímida redução do imposto anteriormente lançado, e abertura de prazo para a manifestação, mas entende que tais medidas são insuficientes. Alega que no Auto de Infração deve constar, obrigatoriamente, o demonstrativo de débito acompanhado da demonstração dos critérios utilizados na apuração do imposto exigido, e “se a autuada não tem como saber o porquê da exigência que lhe está sendo feita, como poderá dela se defender ou apresentar qualquer manifestação?” Entende que é imperiosa a necessidade de exibição de tais critérios, para ter condição de apresentar a sua defesa com toda a plenitude.

Em nova informação fiscal prestada à fl. 193, o autuante diz que foram anexados aos autos os demonstrativos referentes a cada infração, e além disso, na descrição de cada infração foram indicados os anexos referentes aos demonstrativos, nos quais se pode constatar os critérios adotados na apuração do imposto exigido. Salienta que, apenas os demonstrativos da primeira infração, foram retificados por ocasião da primeira informação fiscal, tendo acostado aos autos as cópias das notas fiscais não registradas, como prova material da infração (fls. 67 a 182). Por fim, diz que houve redução do total exigido no presente lançamento, de R\$43.296,62 para R\$35.408,42, conforme demonstrativo à fl. 59 deste PAF.

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade argüida pelo autuado, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não se constatando qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados conforme os levantamentos e documentos acostados aos autos, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do Auto de Infração.

Quanto à alegação defensiva de que o autuante não munuiu o presente Auto de Infração das informações necessárias para que o autuado pudesse exercer o contraditório, e que, em nenhuma das cinco infrações ficou demonstrado o critério adotado para chegar aos valores exigidos, observo que foi elaborado, pelo autuante, o respectivo demonstrativo para cada infração, todos de fácil entendimento quanto ao método de apuração do imposto exigido, não cabendo razão ao autuado.

Em relação ao pedido formulado pelo defendente para que as cinco infrações sejam individualizadas, saliento que, somente poderá ser lavrado mais de um Auto de Infração relativo ao mesmo período fiscalizado, em casos especiais, e mediante autorização do Inspetor Fazendário, após a justificativa circunstanciada do Auditor Fiscal (art. 40, do RPAF/99). Ademais, em relação ao presente Auto de Infração, que foi objeto da impugnação pelo autuado, não há qualquer previsão legal para que sejam individualizadas as infrações após a sua lavratura.

No mérito, a primeira infração refere-se à exigência de ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas correspondentes às notas

fiscais coletadas através do CFAMT, relativamente ao período de fevereiro de 2002 a dezembro de 2003.

O autuado não contestou os cálculos, haja vista que alegou que a primeira infração não está acompanhada das provas necessárias para ensejar a sua procedência, e que, não se pode conceber que tenham ocorrido entradas de mercadorias não registradas, e saída posterior sem tributação.

Observo que foi efetuado levantamento fiscal lastreado em notas fiscais acostadas aos autos e relacionadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante, que refez os cálculos quando prestou a primeira informação fiscal de fls. 56 a 59 dos autos, na qual, esclareceu que, devido a algumas incorreções constatadas no demonstrativo original, de fls. 11 a 17, procedeu às retificações devidas, inclusive com a juntada de cópias das Notas Fiscais não registradas, e, após o refazimento dos cálculos, o débito desta primeira infração deve ser alterado de R\$30.238,98 para R\$22.350,78

Saliento que foi expedida nova intimação ao autuado (fl. 241), acompanhada de cópia da informação fiscal e demais documentos acostados aos autos, e o defendente não acatou os novos cálculos, tendo apresentado as mesmas alegações da impugnação inicial.

Quanto à alegação do autuado de que não se pode conceber que tenham ocorrido entradas de mercadorias não registradas, e saída posterior sem tributação, saliento que o inciso IV, do § 3º, do art. 2º, do RICMS/97, estabelece:

“Art. 2º

§ 3º Presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas”

Vale ressaltar, que apesar de contestar a exigência fiscal, o defendente não acostou aos autos qualquer elemento para contrapor o levantamento fiscal, e a legislação estabelece que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada de provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações (art. 123 do RPAF/99), e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99).

Quanto à informação do autuante de que, ao corrigir os valores de algumas notas fiscais, constatou que nos meses de abril, maio e julho de 2002, bem como, nos meses de fevereiro e junho de 2003 os valores do débito foram alterados para mais em relação ao imposto originalmente exigido, e que por isso, devem mantidos os valores originais, por serem menores, entendo que não assiste razão ao autuante, tendo em vista que os valores apurados, com redução de alguns e aumento de outros, pertencem à mesma infração, e após o refazimento dos cálculos resultou numa redução do total do débito para R\$22.940,49, conforme demonstrativo à fl. 60 a 64.

Assim, considero subsistente em parte a exigência do imposto neste item, de acordo com os valores apurados pelo autuante nos demonstrativos de fls. 60 a 64, totalizando R\$22.940,49, corrigindo-se o valor para R\$22.940,50 devido a erro de R\$0,01, na soma.

Em relação às infrações 02, 03, 04 e 05, o autuado não apresentou qualquer alegação defensiva, não obstante ter requerido a nulidade ou improcedência total da autuação.

As infrações foram apuradas mediante demonstrativos elaborados pelo autuante e acostados aos autos, sendo a infração 02 (fls. 21 e 26); infrações 03 e 04 (fl. 28) e infração 05 (fl. 29). Concluo pela procedência destas infrações, haja vista que o imposto exigido foi apurado com base nos documentos fiscais do próprio autuado e não foram apresentados quaisquer elementos para contrapor os levantamentos fiscais.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO Nº	RESULTADO	IMPOSTO	MULTA	TOTAL
01	PROCEDENTE EM PARTE	22.940,50		
02	PROCEDENTE	11.362,79		
03	PROCEDENTE	66,09		
04	PROCEDENTE	23,08		
05	PROCEDENTE		1.605,68	
-	-	34.392,46	1.605,68	35.998,14

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206948.0017/05-9**, lavrado contra **SUPERMERCADO CASTRO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$34.392,46**, acrescido das multas de 60% sobre R\$89,17 e 70% sobre R\$34.303,28, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.605,68**, prevista no art. 42, inciso XIII-A, alínea “h”, da mencionada Lei, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de maio de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR