

AI. N° - 269362.0905/05-0
AUTUADO - ABNAEL PIRES DA SILVA & CIA LTDA
AUTUANTE - EDUARDO LIVIO VALARETTO
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 08/11/06

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0329-03/06

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeito os cálculos, com redução do débito. Infração parcialmente caracterizada. **b)** PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Comprovado pagamento de parte do débito. Infração parcialmente elidida. 2. LIVROS FISCAIS. REGISTRO DE INVENTÁRIO. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Retificado o enquadramento da multa. Infração parcialmente subsistente. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Infração não elidida. 4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Falta de recolhimento do imposto referente a operações escrituradas no livro próprio. Não comprovado os pagamentos. Infração subsistente. 5. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS 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. Diligência refez o levantamento fiscal, excluindo as despesas não comprovadas e incluindo o saldo de caixa constante da DME. Infração parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/05, exige ICMS no valor de R\$67.660,45, acrescido das multas de 50%, 60% e 70% além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$920,00 em razão das seguintes irregularidades:

1. 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 - R\$1.083,81.
2. Deixou de apresentar livro fiscal quando regularmente intimado. Consta, na descrição dos fatos, que apesar de intimado por duas vezes o contribuinte não apresentou o livro de Registro de Inventário relativo ao exercício de 2004, sendo aplicada multa no valor de R\$920,00.
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades Federação adquiridas para fins de comercialização - R\$139,12.
4. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA, 2002) - R\$1.598,11.
5. Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, conforme demonstrativo de Auditoria de conta corrente do ICMS (2004/2005) - R\$46,14.
6. Omissão de saída de mercadoria tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada - R\$64.793,27.

O autuado apresentou defesa às fls. 313 a 319, por meio de advogado legalmente constituído (fl. 320), inicialmente suscita a nulidade da autuação tendo em vista que a infração 6, no seu entendimento, não representa a realidade, estando em desacordo com os fatos realizados, mediante documentos fiscais que se encontram regularmente escriturados. Alega que não existe motivação clara que dê suporte à lavratura do Auto de Infração.

Aduz que a indicação da infração é imprecisa, haja vista que indicou apenas a omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada.

Afirma que no levantamento fiscal foram cometidas faltas graves, a exemplo da ignorância do saldo final do caixa em 31/12/01, no valor de R\$490.135,21, o qual não foi considerado no demonstrativo elaborado pelo autuante.

Cita parte de texto do professor Seabra Fagundes, para reforçar o seu entendimento de que a inobservância da forma vicia o ato, tendo em vista que a formalidade é exigida em lei e o ato administrativo tributário é vinculado, não podendo se afastar da mesma.

Diz que no caso da infração 6, o autuante não motivou o ato, deixou de descrever de forma clara e precisa a infração, em flagrante ilegalidade à legislação tributária.

Em relação às infrações 1, 2, 3, 4 e 5, afirma que o autuante cometeu diversos equívocos, pois nunca deixou de recolher o ICMS por antecipação, antecipação parcial e na condição de EPP.

Reconhece que o livro de Registro de Inventário não foi entregue à fiscalização, por desídia do responsável pela escrituração fiscal da empresa.

Alega que são descabidas as infrações 1 a 5, “pois todos os tributos escriturados no período fiscalizado já haviam sido objeto de Autuação Fiscal, através dos AI nºs. 2693620902050. 9000003655058, 9000002919051, 9000002466057, 900000859051, 900000356050, 9000005755041,

9000004361040, 9000004005049, 9000003574040, 90000002197048, 9000001933042, 9000001801049, 179030303045, 9000001056041 e 175851203025”.

Afirma que no mérito deve ser declarada a improcedência da autuação por ausência de suporte fático e fundamentação legal.

No mérito, diz que em relação às infrações 1, 2, 3 , 4 e 5, com valores respectivos de R\$1.083,81, R\$139,12, R\$557,62 e R\$46,14, já forma objeto de fiscalizações anteriores “e foram autuadas ou recolhidos conforme documentos que se juntam a presente, ficando desde já impugnadas, devendo novo levantamento ser efetuado por fiscal estranho ao feito a fim de comprovar a realidade do ocorrido”.

No que se refere à infração 5, diz que é insustentável tendo em vista que não demonstrou com clareza a infração, contém diversos erros e omissões, a exemplo do ano de 2002, onde:

- a) não foi levado em consideração o saldo de caixa existente no Balanço Geral em 31/12/01 de R\$490.135,21;
- b) está em desacordo com o livro de Registro de Saída de Mercadorias;
- c) contemplou pagamento de despesas não realizadas, a título de aluguel, folha de pagamento, férias, pró-labore, ICMS e FGTS.

Diz que inexiste fato real ocorrido no tempo e no espaço e não deve prevalecer a vontade do autuante e, que no seu entendimento só pode ser exigido o ICMS a título de presunção quando ficar provado o cometimento de fraude, ou incorrer em prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo.

Conclui requerendo a nulidade da autuação e se ultrapassada que seja decretada a sua improcedência em prol da moralidade administrativa e da falta de objeto.

O autuante, em sua informação fiscal, à fl. 0384, contesta a defesa apresentada afirmando que em relação às infrações:

- 1 – Não foi apresentado comprovante de pagamento do ICMS por antecipação;
- 2 – Sequer foi apresentado cópia do livro junto com a defesa;
- 3 – Nada foi alegado;
- 4 – As cópias de DAEs apresentados e do Auto de Infração nº 17903.0303/04-5 foram consideradas pela fiscalização e não foi apresentado nenhuma comprovação de pagamento do débito levantado.
- 5 – Não foi apresentado nenhuma comprovação de que possuía saldo de caixa no valor de R\$490.135,21 em 31/12/01 e na fl. 326, o próprio contribuinte apresentou documento que confirma saldo de caixa de R\$1.053,60 e não tendo sido comprovado, mantém o demonstrativo original com saldo zero em 31/12/01.

Conclui afirmando que já foram considerados todos os documentos apresentados na defesa e mantém integralmente a acusação.

Esta JJF decidiu converter o processo em diligência (fl. 387), para que o autuante juntasse ao PAF os comprovantes de despesas que foram incluídos no levantamento fiscal e que o impugnante alegou não ter ocorrido: aluguel, folha de pagamento, décimo terceiro salário, férias, pró-labore, ICMS e FGTS e caso não fossem juntados ao processo, que procedesse sua exclusão.

Também foi determinado que retificasse a indicação da infração 6, como sendo: Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não

comprovada” para “Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa”.

Em atendimento à diligência, o autuante na nova informação fiscal juntada à fl. 389, informou que:

- 1) intimou o contribuinte duas vezes para apresentar os comprovantes de despesas incorridas no período fiscalizado, mas o mesmo só apresentou parte dos comprovantes;
- 2) retificou a infração 6, para omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa;
- 3) refez o levantamento fiscal, excluindo as despesas que não foram comprovadas, observando que considerou o saldo inicial do caixa no valor de R\$1.053,60 em 01/01/02, com base no que foi informado na DME, conforme documento juntado pelo autuado à fl. 326, o que resultou nos demonstrativos acostados às fls. 394, 396, 398 e 400, totalizando valor de R\$37.744,18, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 401.

A Inspetoria Fazendária expediu diversas intimações por meio dos Correios, com Aviso de Recebimento (AR) e não tendo encontrado o sujeito passivo nos endereços constantes do banco de dados da SEFAZ, intimou o representante legal em 09/06/06, conforme documento juntado à fl. 490, tendo concedido prazo de trinta dias para se manifestar sobre a diligência fiscal, o que não ocorreu.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação, sob o argumento de que a infração 6 não representava a realidade dos fatos realizados, mediante documentos fiscais que se encontram regularmente escriturados e inexistência de motivação clara que desse suporte a lavratura do Auto de Infração. Verifico que o autuante inicialmente grafou no Auto de Infração a acusação de “omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada”, enquanto os demonstrativos juntados às fls. 30 a 48, que dão suporte à infração trata da apuração de saldo credor de caixa. Rejeito a nulidade pretendida, haja vista que por meio de diligência fiscal determinada por esta Junta (fl. 387), foi retificado o teor da infração para “omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa”, tendo sido entregue ao preposto do autuado, as cópias do resultado da diligência e dos novos demonstrativos acostados aos autos (fl. 490). Saliento que os demonstrativos originais da apuração do saldo credor de caixa juntado pelo autuante às fls. 30 a 48 foram entregues ao autuado junto com o Auto de Infração, conforme recibo passado nos mesmos e o autuado entendeu do que estava sendo acusado, haja vista que no mérito alegou não ter sido considerado corretamente o saldo da conta caixa no demonstrativo em que foi apurado o saldo credor. Considero que foi saneada o erro da indicação da infração, tendo em vista que os demonstrativos acostados ao processo possibilita determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, nos termos do art. 18, § 1º do RPAF/BA, tendo sido reaberto o prazo de defesa.

No mérito, o Auto de Infração acusa o contribuinte de diversas infrações: Falta de recolhimento do ICMS por antecipação total e parcial (infrações 1 e 3); falta de recolhimento o ICMS no prazo regulamentar, na condição de EPP, de operações escrituradas nos livros fiscais próprios e da omissão de saída de mercadoria tributável apurada através de saldo credor de caixa

Com relação à alegação defensiva de que as infrações 1, 2, 3, 4 e 5, já foram objeto de fiscalizações anteriores ou o imposto recolhido conforme documentos que disse ter juntado com a defesa, verifico que:

No tocante à infração 1, “Deixou de recolher o ICMS por antecipação...”, o autuado juntou às fls. 340 e 341, cópia do Auto de Infração de nº 017903.0303/04-5. Constatou que no mencionado Auto, exige imposto relativo a fatos geradores dos meses de janeiro a março e maio a dezembro/03, enquanto na presente autuação foi exigido imposto relativo ao mês de abril apenas do exercício de 2003, que não fez parte da autuação anterior. Por isso, o documento apresentado não faz prova de que corresponde a valor já autuado como foi alegado pelo defensor.

O impugnante juntou cópia de diversos DAEs às fls. 350 a 357, afirmando que comprova o pagamento dos valores autuados. Pela análise dos documentos verifico que:

DAE	Fl.	Nota Fiscal	Observações
Abril/02	350	Diversas	Não foi exigido imposto relativo a este mês
Agosto/02	350	Diversas	Não foi exigido imposto relativo a este mês
Outubro/02	351	45490	GNRE-Esta nota fiscal não foi relacionada no demonstrativo à fl. 11
Setembro/03			Não foi exigido imposto relativo a este mês
Dezembro/03			Não foi exigido imposto relativo a este mês
Janeiro/04	352	64638/62176	No demonstrativo à fl. 18, foram deduzidos os recolhimentos realizados.
Agosto/04	353		Não foi exigido imposto relativo a este mês
Novembro/04	354	246820/821	Refere-se a ICMS antecipação parcial, não relacionado à fl. 23
Abri/05	356	107117	Refere-se a ICMS antecipação parcial, não relacionado à fl. 24
Junho/05	357	110868	Refere-se a ICMS antecipação parcial, não relacionado à fl. 25

Quanto ao DAE juntado à fl. 355, verifico que o autuante no demonstrativo à fl. 23, relacionou as notas fiscais de nº 61285, 251691 e 113264, tendo apurado no mês de janeiro/05 o valor de R\$88,50, deduzindo valor recolhido de R\$57,48. Como no valor exigido está incluso o valor de R\$9,70 relativo a NF 113264, o qual foi comprovado na defesa o seu recolhimento, concluo que deve ser excluído do item 15 o valor de R\$9,70 (R\$31,02 – 9,70), restando devido o valor de R\$21,32. Infração parcialmente subsistente, com valor devido de R\$1.074,11.

Com relação à infração 2, foi aplicada multa pela falta de apresentação do livro Registro de Inventário. Constatou que o impugnante foi intimado em 09/09/05 e 23/09/05 (fl. 08 e 09) e não apresentou o mencionado livro à fiscalização. Na defesa alegou que a não apresentação do livro decorreu de falha do seu Contador. Restou comprovado que o contribuinte deixou de apresentar o livro à fiscalização mediante o não atendimento de duas intimações, que é a acusação indicada no Auto de Infração. Portanto, deve ser retificado a multa aplicada, para falta de apresentação do livro Registro de Inventário, de R\$90,00 pelo não atendimento da primeira intimação e R\$180,00 pelo não atendimento da segunda intimação, totalizado R\$270,00, conforme disposto no art. 42, XX, “a” e “b” da Lei nº 7.014/96.

Referente à infração 3, foi exigido ICMS antecipação parcial relativo ao mês de julho/05, totalizando R\$139,12 conforme demonstrativo à fl. 26, relativo às notas fiscais de nº 5.732, 7.588, 110.868, 28791 e 28792 totalizando R\$ 173,48, tendo sido deduzido o valor de R\$34,36. Constatou que não foi deduzido no mencionado demonstrativo o valor de R\$109,80 relativo à nota fiscal 110868, conforme cópia do DAE juntado pelo defensor à fl. 357. Portanto, deve ser deduzido o valor comprovado de R\$109,80 relativo à nota fiscal 110868, remanescendo o valor desta infração para R\$29,32 e parcialmente subsistente esta infração.

Quanto à infração 4, “Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de EPP”, foi exigido na presente autuação imposto relativo a fatos geradores dos meses de Janeiro e outubro a dezembro de 2002. Por sua vez, o Auto de Infração de nº 017903.0303/04-5, cuja cópia foi acostada com a defesa à fl. 340, consta exigência do imposto na mesma modalidade, relativo ao período de fevereiro a dezembro/03. Portanto, o imposto exigido não corresponde ao período autuado, motivo pelo qual, não pode ser acolhido à alegação de que já tinha sido autuado no mesmo período.

Observo ainda, que as cópias dos DAEs juntados às fls. 345 a 349, correspondem a pagamentos do ICMS relativo a outros meses do exercício de 2002, que não correspondem aos meses de janeiro e outubro de 2002, exigidos na autuação. Concluo pela subsistência desta infração.

Em relação à infração 5, “Deixou de recolher o ICMS no prazo regular referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios”, o contribuinte juntou às fls. 332 a 335, as notificações fiscais de nº 859/05-1, 2466/05-7, 2197/04-8 e 1933/04-2, com o mesmo teor da infração 5, que correspondem respectivamente a fatos geradores com datas de ocorrências de 31/10/04, 31/12/04, 28/02/05, 31/03/04 e 29/02/04, enquanto que a infração 5 desta autuação refere-se a fatos geradores de 30/09/04 e 31/05/05. Portanto, conforme ressaltado pelo autuante, não há qualquer correlação entre os fatos geradores objeto da infração 5, com os documentos apresentados junto com a defesa. Assim sendo, deve ser mantida integralmente a infração 5.

Foi juntado às fls. 336 e 337, um requerimento do parcelamento do débito relativo ao Auto de Infração de nº 017585.1203/02-5, bem como um documento às fls. 338 e 339 relativo à consulta no Sistema de Informações da Administração Tributária (SIDAT), de 20/10/03. Nestes documentos não há nenhuma identificação dos fatos geradores dos impostos exigidos naquela autuação e nem foi juntado a cópia do Auto de Infração para identificar se há alguma infração correspondente à da presente autuação. Por isso, estes documentos não se prestam como elemento de prova da alegação defensiva de que corresponde a valores já exigidos por meio de Auto de Infração.

Quanto à infração 6, o defensor alegou que:

- 1) não foi levado em consideração o saldo de caixa existente no Balanço Geral em 31/12/01 de R\$490.135,21;
- 2) estava “em desacordo com o livro de registro de saída de mercadorias da autuada cujos valores deverão ser retificados como demonstrado em anexo”;
- 3) contemplou pagamento de despesas não realizadas, a título de aluguel, folha de pagamento, férias, pro labore, ICMS e FGTS.

Quanto à primeira alegação, verifico que o impugnante juntou à fl. 321, cópia do Balanço Patrimonial indicando saldo do caixa em 31/12/01 de R\$490.135,21. Entretanto, conforme cópia da DME apresentada à Secretaria da Fazenda juntado com a defesa à fl. 326, foi informado saldo inicial do exercício de 2002, o valor de R\$1.035,60. Concluo que o instrumento adequado para comprovar o saldo do caixa seria o livro Caixa e não tendo sido apresentado, deve prevalecer o saldo indicado na DME, o qual foi considerado pelo autuante no refazimento dos demonstrativos que apurou o saldo credor do caixa, conforme cópia à fl. 394, em atendimento a diligência determinada por esta Junta de Julgamento.

Em relação à segunda alegação, o defensor não juntou com a defesa qualquer anexo ou cópia do livro de Registro de Saída de mercadorias. Não tendo apresentado qualquer prova relativa àquela alegação, não pode ser acolhida.

Quanto à alegação de que o levantamento fiscal não contemplou os pagamentos de despesas não realizadas, a título de aluguel, folha de pagamento, férias, pro labore, ICMS e FGTS, esta JJF determinou a realização de diligência ao autuante, tendo o mesmo excluído do levantamento original os valores relativos a pagamentos que não foram comprovados, conforme demonstrativos juntados às fls. 392 a 403 e acostado às fls. 404 a 482 os documentos para comprovar as despesas que fez constar no levantamento fiscal que apurou o saldo credor do caixa. O autuado foi intimado para tomar conhecimento do resultado da diligência e não se manifestou no prazo concedido, o que implica tacitamente no reconhecimento do novos valores apurados nesta infração.

Dessa forma, acato os valores indicados nos demonstrativos juntados pelo autuante às fls. 344, 396, 398 e 400, como os devidos nesta infração, conforme demonstrativo de débito juntado à fl. 401, totalizando R\$37.744,18.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme demonstrativo resumo abaixo:

Infração	Situação	ICMS	Multa R\$
1	Procedente em parte	1.074,11	
2	Procedente		270,00
3	Procedente em parte	29,32	
4	Procedente	1.598,11	
5	Procedente	46,14	
6	Procedente em parte	37.744,18	
Total		40.491,86	270,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE**, o Auto de Infração n.^º 269362.0905/05-0, lavrado contra **ABNAEL PIRES DA SILVA & CIA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$40.491,86** acrescido da multa de 50% sobre R\$1.644,25, 60% sobre R\$1.103,43 e 70% sobre R\$37.744,18, previstas no art. 42, I, “a” e “b”, II, “d” e III da Lei n.^º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa no valor de **R\$270,00** prevista no art. 42, XIV da citada Lei e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei n^º 9.837/05.

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 n^º 7.629/99, alterado pelo Decreto n^º 7.851/99, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2006.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR