

A. I. N° - 0177840098/04-3
AUTUADO - SILVIO CESAR BORGES SANTOS
AUTUANTE - OTACILIO BAHIENSE DE BRITO JUNIOR
ORIGEM - INFAZ – ITABUNA
INTERNET - 12/01/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0392-05/06

EMENTA: ICMS. PAGAMENTOS NÃO REGISTRADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. A falta de contabilização de pagamentos comprovados nos autos é fato que tem autorização legal para a exigência do imposto. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 29/12/2004, pela omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não registrados, sendo lançado o imposto no valor de R\$53.768,25 e aplicada a multa de 70%.

O sujeito passivo defendeu-se, tempestivamente, às fls. 100 a 108, descrevendo inicialmente o teor da acusação fiscal que lhe fora imputada, para logo em seguida suscitar, preliminarmente, que o presente auto de infração não foi lavrado no estabelecimento da empresa, conforme determina o Decreto Federal nº 70.235 de 06/03/72, art. 10, e que nesse sentido o art. 196 parágrafo único do CTN, traz a mesma mensagem. Para melhor fundamentar suas arguições, faz referências à doutrina, inclusive citando o memorável professor Bernardo Ribeiro de Moraes.

Continua, ainda, no campo das preliminares afirmando que inexistiu intimação por parte do autuante, antes da lavratura do presente lançamento, para esclarecimentos acerca dos fatos apurados no auto de infração.

Amparado no princípio da eventualidade, passa a enfrentar o mérito da infração apontada, com base nos argumentos a seguir:

- a) o autuante deixou de consignar no levantamento, notas de compras de mercadorias com pagamentos devidamente registrado no Livro caixa;
- b) consta entre as notas relacionadas pelo autuante, mercadorias com alíquotas de 17% e 7%;
- c) entre as notas relacionadas, existem mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo, dessa forma, todas com pagamento antecipado do imposto, por substituição tributária, encerrando, assim, a fase de tributação;
- d) apresenta, por fim, três relações, uma com as notas que constam mercadorias com alíquota de 17%, outra com as notas das mercadorias com alíquota de 7%, e outra relação com as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, procurando demonstrar que todas as notas fiscais relacionadas pelo autuante foram devidamente registrados os pagamentos, e outras já tiveram o pagamento do imposto por antecipação através do regime de substituição tributária.

O autuante em sua informação fiscal às fls. 292 a 294, rebate a arguições da defesa, conforme segue:

- a) sobre o argumento de que o auto de infração fora lavrado fora do estabelecimento comercial, que dispensa maiores comentários, pois já há consenso no Consef sobre este assunto;

- b) quanto a não entrega de intimação, antes da lavratura do auto de infração, para solicitar esclarecimentos do autuado, não encontra guarida na legislação vigente;
- c) em relação à falta de juntada de cópia das notas fiscais que deram origem ao pagamento das mercadorias e cópia do Livro caixa, o autuado não pode alegar cerceamento de defesa pois dispunha das notas fiscais, que inclusive utilizou para efetuar a sua defesa;
- d) no que diz respeito à alegação de que parte das mercadorias vieram com alíquota de 7% , parte com 17% e outra parte com substituição tributária, a autuação deveu-se ao pagamento de mercadorias sem o devido registro no Livro Caixa, o que autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores e de cujo resultado financeiro o autuado utilizou-se para efetuar os pagamentos omitidos no seu Livro caixa;
- e) Para a alegação de que diversas notas fiscais constantes do levantamento fiscal encontram-se devidamente registradas, informa que assiste razão parcial ao defendente. No entanto, apenas algumas notas fiscais lançadas pelo autuante estão registradas, e que elaborou novo demonstrativo de debito, trazendo os valores decorrentes da dedução das notas fiscais efetivamente lançadas pelo contribuinte, e que são parte deste processo, para que sejam corrigidos os valores exigidos.

O autuante, em suas considerações finais, informa que concedeu crédito presumido de 8% no período em que a empresa estava no regime do SIMBAHIA e que nos meses de janeiro a maio de 2000 a empresa estava inscrita no regime normal, somente passando ao regime de EPP em junho de 2000. Foi procedida a regularização dos valores exigidos com a exclusão do benefício indevidamente concedido.

O autuado às fls. 470 a 471 volta a se pronunciar, alegando que o autuante efetuou a informação fiscal de forma genérica, declarando, apenas, que “assiste razão ao defendente”, de que algumas notas fiscais foram realmente registradas, mas, não demonstra quais foram e não elabora novo demonstrativo, deixando para o CONSEF a correção, uma vez que caberia a ele efetivamente reconhecer os equívocos cometidos e proceder à correção.

Diz, ainda, que a defesa é clara e objetiva, apresentando demonstrativos de todas as notas fiscais, inclusive separando as com tributação normal, cesta básica e com ICMS substituição tributária, em ordem cronológica.

Apresenta outra vez os referidos demonstrativos, anexando-os a sua contestação, ratificando a defesa anteriormente apresentada, haja vista, segundo ele, que não foi totalmente revisado o auto de infração em sua totalidade, pedindo a improcedência do presente lançamento de ofício.

Diante dos fatos e arguições apresentadas pela defesa a 5ª JJF, à fl. 571, solicita diligência à INFAZ de origem, para que o autuante efetue as seguintes providências:

- 1 – à luz dos livros e documentos fiscais referentes ao lançamento em questão, se manifeste sobre a contestação apresentada pelo autuado (fls. 470/474) com a clareza e precisão preconizadas pelo art. 127, § 6º do Decreto 7629 (RPAF);
- 2 – calcule a suposta receita omitida nos meses de junho, julho, agosto e setembro de 2000 pelas regras atinentes à Empresa de Pequeno Porte, condição que tinha até então e;
- 3 – intime o autuado para se manifestar.

O autuante às fls. 576 e 577 dos autos, responde a solicitação de diligência, conforme segue:

- a) informa que a defendente apresenta nova planilha indicando lançamentos que não teriam sido considerados. Quanto a este fato o autuante alega que as notas fiscais relativas aquisição de produtos sujeitos a substituição tributária não existe a indicação do registro no livro caixa, nem

foram localizados tais registros. Ressalta que a exigência tributária decorre da omissão de registro de pagamentos.

Quanto às demais notas fiscais, entende que assiste razão parcialmente à defendente, em face disto foi elaborado novo demonstrativo, que ele anexa aos autos.

Em relação ao item 02 do pedido de diligência, informa que concedeu o crédito presumido conforme a Lei 8545/02. Que no momento da primeira informação fiscal (fls. 292 a 294) foram elaborados novos demonstrativos onde se procedeu a exclusão de lançamentos que o defendente provou ter realizado e também excluído o crédito presumido referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2000, tendo em vista que nestes meses o autuado não se encontrava na condição de EPP e, que salvo melhor juízo, não se poderá alterar, como pretendeu o Relator, os lançamentos dos meses de junho, julho, agosto e setembro.

Após a resposta do pedido de diligência formulado pela Junta de Julgamento Fiscal, efetuada pelo autuante, a referida Junta, reitera o pedido de diligência, desta vez especificamente para que o autuante calcule a suposta receita omitida nos meses de junho a outubro de 2000, pelas normas atinentes a Empresa de Pequeno Porte.

A solicitação de diligência foi atendida pela ASTEC, que às fls. 605 e 606, apresenta demonstrativo que somou a receita omitida apurada pelo autuante com a receita declarada pelo autuado, resultando no montante total da receita que serviu para cálculo do imposto pelo sistema de apuração do SIMBAHIA, conforme demonstrativos constantes às fls. 607 dos autos, e apresenta às fls. 606 os valores devidos relativos aos meses de junho, julho, agosto, setembro e outubro de 2000, totalizando R\$781,90.

O autuado às fls. 03 e 04 dos autos, se manifesta sobre a diligência da ASTEC, alegando que a diligente apenas considerou, para efeito de redução dos valores do auto de infração, o período de junho a outubro de 2000, vez que, reconhece o regime de tributação SIMBAHIA para o período onde a autuada estava enquadrada. Anexa planilha onde consta o reconhecimento de parte do auto de infração, referente aos anos de 2000 e 2001, anexando os respectivos DAEs totalizando a importância de R\$16.207,87.

Após a manifestação do autuado a 5ª JF, emite outro pedido de diligência às fls. 630 a 631, com as seguintes solicitações:

- a) que o auditor entregue ao contribuinte cópia de cada nota fiscal colhida através do CFAMT (fls. 31/467), mediante recibo do contribuinte;
- b) que o autuante informe sobre a nota fiscal de n. 276905, dita pelo autuado como de n. 267905, e quanto às notas fiscais de n. 58 e 105683, relacionadas de modo divergente ou, constando em apenas um dos dois demonstrativos por ele elaborados.

O Autuante atendendo às solicitações da Junta de Julgamento Fiscal, às fls. 635 e 636 dos autos, informa que todas as cópias de notas fiscais foram entregues ao autuado, conforme se vê no recibo anexo. Quanto as notas fiscais, relata que verificou no demonstrativo de fls. 107 que está relacionada a nota fiscal n. 276905, enquanto no demonstrativo que acompanhou o auto de infração às fls. 50 o número lançado foi 276965. Trata-se de mero erro de digitação, até porque os valores são iguais em ambos os demonstrativos.

Já em relação à nota fiscal número 58, apesar de ter sido alvo da fiscalização, não tinha sido incluída no primeiro demonstrativo, no entanto ao proceder as correções, verificando tal lapso, procedeu a inclusão, assim como excluiu aquelas que tiveram o seu lançamento comprovado.

Quanto à diferença nos valores lançados no primeiro e segundo demonstrativo, referente à nota fiscal de número 105.683, esclarece que o primeiro lançamento referiu-se a base de cálculo, o que

não poderia ocorrer posto que se trata de Auditoria de Caixa, assim, ao refazer o demonstrativo foi lançado, corretamente, o valor contábil que se refere ao efetivo desencaixe de numerário.

O autuado se manifesta às fls. 642 a 649, reproduzindo a sua defesa originalmente anexada às fls. 100 a 108 dos autos.

O autuante às fls. 667, apresenta sua informação relativa à última manifestação do defendente, alegando que o autuado apresentou cópia da defesa inicial, perdendo a oportunidade de a luz dos novos documentos que lhes foram entregues, complementar a sua defesa.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 29/12/2005, pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados, sendo lançado o imposto no valor de R\$ 53.768,25 e aplicada a multa de 70%.

Após a análises dos elementos de fato e de direito trazidos aos autos além dos elementos probatórios, conclui que quanto às preliminares de nulidade não às cabe, tendo em vista o disposto no artigo 39, § 1º, do RPAF/99 onde esclarece que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fiscal ou no local onde se verificar ou apurar a infração.

Quanto a não entrega de intimação, antes da lavratura do auto de infração, para solicitar esclarecimentos do autuado, conforme informou o autuante, não há a referida exigência legal para este procedimento, lembrando que o autuado foi devidamente intimado a apresenta sua defesa ou pagamento, conforme consta à fl. 97 dos autos.

Quanto ao mérito, o autuado alega que o autuante deixou de consignar no levantamento notas de compras de mercadorias com pagamentos devidamente registrados no livro caixa. Em relação às com o efetivo pagamento o autuante excluiu dos valores reclamados, conforme suas planilhas às fls. 295 a 309, em sua primeira informação fiscal e às fls. 578 a 590 em sua segunda informação, tendo em vista a segunda manifestação do autuado.

Em relação aos meses de janeiro a maio/2000 o autuante em sua informação às fls. 578 e 579, excluiu corretamente os créditos presumidos equivocadamente concedidos em sua apuração original, tendo em vista que neste período o autuado não se encontrava enquadrado no regime simplificado de apuração do SIMBAHIA.

Por outro lado, entre os meses de junho a outubro de 2000, período em que se encontrava enquadrada no referido regime, como EP, efetuou o ajuste dos valores reclamados originalmente pelo autuante, resultando na redução dos referidos valores.

Vale assinalar que o autuante, em sua segunda informação fiscal, alega que incluiu a nota fiscal nº 58, de junho/2001, no valor de R\$7.500,00, tendo em vista não ter relacionado em seu levantamento original, entendimento com o qual não comunga este relator, tendo em vista que esta nota fiscal representa a ocorrência de um fato gerador não lançado originalmente. Sendo assim, não pode fazer parte do presente auto de infração em lide, cabendo, entretanto, ser reclamado em um novo lançamento de ofício, razão pela qual efetuei a exclusão deste valor do referido mês, com os devidos cálculos adiante demonstrados.

Contudo, acato as alegações do autuante quando informa que a nota fiscal n. 276905 está no demonstrativo de fls. 107, enquanto no demonstrativo que acompanhou o auto de infração à fl. 50 o número lançado foi 276965. Tratando-se de mero erro de digitação, sendo os valores iguais em ambos os demonstrativos, assim como as explicações em relação à nota fiscal de número 105.683, esclarecendo que o primeiro lançamento referiu-se a base de calculo, o que não poderia ocorrer posto que se trata de pagamentos não registrados, assim, ao refazer o demonstrativo foi lançado, corretamente o valor contábil que se refere ao efetivo desencaixe de numerário.

Em relação aos argumentos da defesa de que constam entre as notas relacionadas pelo autuante, mercadorias com alíquotas de 17% e 7% e de que constam, também, entre as notas relacionadas, mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, sendo, dessa forma, todas com pagamento antecipado do imposto, por substituição tributária, encerrando a fase de tributação, o autuado não apresentou os registros de pagamentos das mesmas, prevalecendo o argumento do autuante de que a autuação deveu-se ao pagamento de mercadorias sem o devido registro no livro caixa, o que autoriza a presunção legal de omissão de saídas anteriores e de cujo resultado financeiro o autuado utilizou-se para efetuar os pagamentos omitidos no seu livro caixa. Sendo assim, para efeito da referida presunção, não foi considerada a alíquota ou a condição de pagamento antecipado dos respectivos impostos das mercadorias constantes das notas fiscais que o autuado não registrou os respectivos pagamentos.

Registro a informação do autuado de que efetuou o pagamento parcial do presente auto de infração, naquilo que reconhece. às fls. 617 a 618 dos autos, onde anexa os respectivos DAEs.

Tendo em vista a necessidade de consolidar os valores ajustados, efetuados pelo autuante em sua segunda informação fiscal às fls. 578 a 590, juntamente com os ajustes da diligente da ASTEC às fls. 605 e 606 e a correção efetuada por este relator no mês de junho de 2001, relativo à nota fiscal nº 58, no valor de R\$7.500,00, conforme já justificado, indico os valores devidos:

PERIODO	ICMS		PERIODO	ICMS		PERIODO	ICMS		PERIODO	ICMS
jan/00	2.320,10		jan/01	216,00		jan/02	42,41		jan/03	308,40
fev/00	8.230,50		fev/01	453,36		fev/02	196,53		fev/03	142,77
mar/00	617,17		mar/01	618,64		mar/02	194,72		mar/03	468,52
abr/00	481,70		abr/01	774,32		abr/02	437,26		abr/03	625,05
mai/00	918,01		mai/01	2.151,22		mai/02	154,80		mai/03	1.607,30
jun/00	156,95		jun/01	1.666,21		jun/02	51,07		jun/03	1.228,00
jul/00	29,46		jul/01	712,28		jul/02	740,45		jul/03	711,00
ago/00	219,49		ago/01	785,71		ago/02	298,36		ago/03	758,70
set/00	124,33		set/01	393,98		set/02	229,14		nov/03	308,72
out/00	251,67		out/01	1.282,25		out/02	851,80			
nov/00	1.715,74		nov/01	1.701,68		nov/02	1.870,06			
dez/00	1.508,41		dez/01	1.006,58		dez/02	107,77			

AJUSTE DO MÊS DE JUNHO/01 COM A EXCLUSÃO DA NOTA Nº 58	
a) Total das omissões	26.013,49
b) Menos valor da nota fiscal 58	7.500,00
c) Total ajustado das omissões (a-b)	18.513,49
d) ICMS incidente sobre as omissões(17% x c)	3.147,29
e) Crédito presumido de 8% (8% x c)	1.481,08
f) ICMS a recolher (d-e)	1.666,21

Após os ajustes que resultaram nos valores acima relacionados, o total do ICMS a ser reclamado no presente auto de infração, passou para R\$39.668,59, acrescido da multa de 70% sobre R\$38.886,69 e 50% sobre R\$781,90, relativo ao período entre junho a outubro de 2000, onde o autuado se encontrava enquadrado no regime de apuração do SIMBAHIA, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 0177840098/04-3, lavrado contra **SILVIO CESAR BORGES SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o

pagamento do imposto no valor total de **R\$39.668,59**, sendo R\$15.065,12 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42 inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e R\$24.603,47 acrescido da mesma multa e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de dezembro de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO – RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR