

A. I. N ° - 233014.0076/07-9
AUTUADO - ATENAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 18.04.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-02/08

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Efetuada a adequação da exigência fiscal às orientações contidas na IN n° 01/02 no tocante a concessão dos créditos fiscais, visando preservar o princípio da não cumulatividade do imposto. Infração parcialmente comprovada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. CALÇAMENTO. IMPOSTO LANÇADO E RECOHIDO A MENOS. Diferença apurada no cotejo entre o valor constante nas 1ª e 2ª vias da Nota Fiscal. Infração comprovada. **3.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS- DME. OMISSÕES DE OPERAÇÕES DE ENTRADAS. MULTA. Infração caracterizada. Rejeitadas as arguições de nulidade. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/10/2007, exige ICMS e aplica multa no valor histórico de R\$24.275,70, em decorrência:

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de saldo credor de “Caixa”, no período de março/05 a novembro/05, no valor de R\$5.439,46, acrescido da multa de 70%;
- 2- Recolheu a menos ICMS em decorrência de divergência de informação entre as vias da mesma nota fiscal, no valor R\$14.605,16, acrescido da multa de 150%. Consta ainda da acusação que se trata de calçamento complexo, infração apurada mediante confronto entre a 1ª via do documento fiscal e a 2ª via fixa destinada ao Fisco. As 1ª vias dos documentos fiscais foram destinadas ao contribuinte A Primordial Móveis Ltda., inscrição n° 25.470.714 enquanto as 2ª vias fixas estão destinadas a contribuintes diversos e com valores simbólicos, conforme relatório anexo.
- 3- Multa no valor de R\$4.231,08, por ter omitido entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME – Declaração de Movimento Econômico de Microempresas de Pequeno Porte, de 2005 no valor de R\$ 77.161,74 conforme demonstrativo anexo.

O autuado apresentou defesa, fls. 77 a 91, requerendo a nulidade da autuação alegando que não adquiriu as mercadorias objeto da autuação. Prosseguindo, transcreve o artigo 18 do RPAF/99 e os artigos 97 e 99 do CTN.

Comenta que a majoração e a redução de imposto dependem de lei do poder competente, ou seja, no limite permitido pelo CTN, devendo o poder competente definir o fato gerador e base de cálculo, não

podendo uma lei que institui um tributo deixar ao critério da Administração Pública a diferença objetiva. Ela própria tem de realizar a diferenciação, caso contrário, não nascerá nenhuma obrigação tributária. Em relação aos decretos, diz que o CTN estabelece que devem restringir-se ao conteúdo e o alcance da lei. Frisa que a Lei 7.357/98, que instituiu o SimBahia, em seu artigo 19 determina que o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constate as situações previstas nos seus artigos 15, 16, 17 e 18.

No mérito, em relação a infração 01, entende que é improcedente por absoluta ausência da prova material. Aduz que é comum empresas de outros Estados adquirirem mercadorias em nome de outras para fugir do pagamento dos impostos devidos, sendo que esse Conselho não tem amparado autuações como a presente.

Entende que a presunção da entrada de mercadorias sem o devido registro fiscal apurado a partir de notas fiscais retidas nos postos fiscais, está longe de garantir essa segurança, por não ser prova segura de que o contribuinte adquiriu aquelas mercadorias objeto do Auto de Infração que ora se combate, salientando que o autuante não acostou os respectivos canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto do autuado recebendo as mercadorias.

Esclarece que o autuado só possui um único meio de provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, que é pela não escrituração na escrita fiscal. No entanto, o fisco tem ampla possibilidade de comprovar a consistência de tal fato como, por exemplo, auditando os estabelecimentos que supostamente venderam à autuada as ditas mercadorias, investigando se houve algum pedido, se houve algum pagamento, se foram devolvidas, transcrevendo o inciso I do artigo 333 do CPC, que trata do ônus da prova, para fundamentação sua alegação. Aduz que cabe, portanto, ao fisco o ônus da prova do fato constitutivo do direito e compete ao autuado constituir provas dos fatos impeditivos, modificativos ou instintivos do direito reclamado.

Acrescenta que, ainda no tocante a produção de provas, além da falta de consistência legal da acusação, existem notas fiscais que não lhe foram destinadas, nas quais não consta como destinatária e outras que foram registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias.

Requer a realização de diligência à PGE/PROFIS no sentido de verificar se existe realmente prova da entrada de mercadorias no estabelecimento do autuado, respondendo as seguintes questões:

- a) Pode um terceiro contribuinte adquirir atualmente mercadorias neste ou em outro Estado da Federação, utilizando-se de dados cadastrais do autuado?
- b) Em relação às mercadorias, supostamente adquiridas pelo autuado, todas possuem “carimbo de canhotos” das notas fiscais com assinatura do representante ou preposto da empresa defendente, recebendo efetivamente as mercadorias nelas constantes?

Frisa que a autuação não atendeu aos princípios constitucionais da moralidade, proporcionalidade, legalidade e razoabilidade.

Em relação a infração 02, informa que reconhece parcialmente o valor autuado em R\$7.732,10 e impugna o valor de R\$6.873,06.

Quanto a infração 03, diz que não se configura, até porque o dispositivo da multa indicado no Auto de Infração é o artigo 42, XII-A, da Lei 7.014/96, correspondente ao artigo 915, XIII-A, “i”, do Decreto nº 6.284/96, no entanto, no mérito não se configura, pois, disponibilizou todos os livros fiscais, contábeis e documentos fiscais bem como solicitou verbalmente prorrogação quando deveria solicitar oficialmente nos termos do 5º - A do artigo 708-B do RICMS/97.

No item 6.2 da peça defensiva, diz o impugnante que:

“Acontece, todavia, que 5% (cinco por cento) calculado sobre as operações omitidas é inferior a um por cento do valor das operações de saídas, no entanto, no presente caso, o Autuante optou pela

cobrança de um por cento sobre o valor da saída quando deveria se fosse o caso (vale esclarecer que não é o caso, lançar 5% (cinco por cento) sobre a parcela omitida”.

Ao finalizar, diz que cabe ao relator decidir sobre a necessidade de diligência, requer o deferimento de todos os meios de provas, juntada posterior de documentos, testemunhas (posteriormente indicadas), perícia com arbitramento e quesitos (posteriormente indicados), vistorias por outros prepostos fiscais, e pela procedência parcial no valor de R\$ 7.732,10.

Na informação fiscal, fls. 97 e 98, o autuante, em relação a infração 01, ressalta que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante saldo credor de caixa, em razão da reconstituição da escrita no período de março a novembro 2005, onde verificou que às Notas Fiscais de saídas nº 153 no valor de R\$3.042,90 e nº 155 no valor de R\$22.884,75, mesmo canceladas, foram lançada no caixa, e que várias notas fiscais de compras adquiridas pelo autuado, cópia em anexo, não foram lançada no caixa.

Quanto a infração 02, aduz que ocorreu claramente o “calçamento” das vias das notas fiscais emitidas pelo autuado nas operações internas conforme cópias da notas fiscais acostado aos autos, com penalidade prevista no artigo 42, inciso V, alínea “c” da Lei 7.014/96.

No tocante a infração 03, reitera que o autuado omitiu entradas de mercadorias no estabelecimento e na DME, sendo cabível a multa de 5% conforme artigo 42, inciso XII-A, Lei 7014/96.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir imposto decorrente de 03 (três) infrações.

Inicialmente, em relação a argüição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Não acolho a argüição de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, uma vez que a simples alegação de que não adquiriu as mercadorias constantes nas notas fiscais objeto da autuação, não é causa para nulidade do Auto de Infração. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Acerca do pedido de diligência formulado pelo sujeito passivo, indefiro o mesmo, com fulcro no art. 147, I, “a”, também do RPAF/99, por entender que os elementos acostados aos autos são suficientes para decidir com relação a presente lide.

No mérito, na infração 01 é imputado ao autuado omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de saldo credor de “Caixa”, no período de março/05 a novembro/05.

Após analisar os demonstrativos que embasaram a autuação, constatei que o autuante, com base no livro Caixa e documentos apresentados pelo contribuinte, aplicou o Roteiro de Auditoria da Caixa, detectando a ocorrência de saldos credores na conta “Caixa”.

Sendo constatada a ocorrência de credor na referida conta, significa dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo, tiveram a sua origem desconhecida. Neste sentido, a regra disposta no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa, além de outras ocorrências, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção.

Em sua defesa, o autuado nega a imputação, argumentando que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais que foram incluídas no levantamento, sustentando que caberia ao autuante comprovar que as mercadorias entraram no seu estabelecimento.

Ocorre que o entendimento deste órgão julgado é de que o fato das notas fiscais retidas nos Postos Fiscais terem como destinatário o autuado, seu endereço, razão social, inscrição estadual e CNPJ, é prova suficiente de que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado. Portanto, foi correto o procedimento de incluir no levantamento os pagamentos das referidos documentos fiscais.

A simples alegação do autuado de que algumas notas estavam escrituradas não é capaz de elidir a autuação, caberia ao autuado indicar o número da nota apontando o respectivo registro nos livros próprios.

Ressalto que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Observei, ainda, que o autuado lançou como receita de venda em seu livro Caixa, nº 002, folha 003, os valores referentes às notas fiscais que foram canceladas, NF 00153, fl. 16 no valor de R\$3.042,90, NF00155, fl. 20 no valor de R\$22.884,75.

Logo, entendo que a infração 01 restou caracterizada.

Na infração 2 é imputado ao autuado o recolhimento a menos ICMS em decorrência de divergência de informação entre as vias da mesma nota fiscal. Consta ainda da acusação que se trata de calçamento complexo, infração apurada mediante confronto entre a 1ª via do documento fiscal e a 2ª via fixa destinada ao Fisco. As 1ª vias dos documentos fiscais foram destinadas ao contribuinte A Primordial Móveis Ltda., inscrição nº 25.470.714 enquanto as 2ª vias fixas estão destinadas a contribuintes diversos e com valores simbólicos.

O autuado reconheceu parcialmente o valor apurado em R\$7.732,10 e impugna o valor de R\$6.873,06.

Na informação fiscal, o autuante reitera que ocorreu claramente o “calçamento” das vias das notas fiscais emitidas pelo autuado nas operações internas conforme cópias da notas fiscais acostado aos autos, com penalidade prevista no artigo 42, inciso V, alínea “c” da Lei 7.014/96.

Entendo que a infração em tela restou caracterizada, conforme as vias das notas fiscais acostadas aos autos às folhas 33 a 50 e 68 a 71.

Na infração 03 é imputado o fato de omitir entradas de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME-Declaração de Movimento Econômico de Microempresas de Pequeno Porte, de 2005, sendo aplicado multa.

Conforme já comentei em relação a infração 01, o entendimento deste órgão julgador é de que o fato das notas fiscais retidas nos Postos Fiscais terem como destinatário o autuado, seu endereço, razão social, inscrição estadual e CNPJ, é prova suficiente de que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado. Portanto, foi correto o procedimento de incluir no levantamento os pagamentos das referidos documentos fiscais.

Em relação ao questionamento defensivo em relação a multa aplicada, devo esclarecer que trata-se de multa específica, prevista no artigo 42, inciso XII-A, da Lei nº 7.014/96, *in verbis*:

“XII-A - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração

do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME). ”

Logo, a infração 03 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **233014.0076/07-9**, lavrado contra **ATENAS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÓVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$20.044,62**, acrescido das multas de 150% sobre R\$14.605,16, 70% sobre R\$5.439,46, previstas, respectivamente, no art. 42, V, “c” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.231,08**, prevista no art. 42, XII-A, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de abril de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR