

A. I. N° - 232895.0001/08-2

AUTUADO - ANTÔNIO DA SILVA COELHO DE BARRA DA ESTIVA

AUTUANTE - JOSÉ VITURINO DA SILVA CUNHA

ORIGEM - INFAC BRUMADO

INTERNET - 19/05/2009

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0109-03/09

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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. Refeitos os cálculos pelo autuante, excluindo os documentos fiscais lançados no livro Caixa. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 04/03/2008, refere-se à exigência de R\$14.403,83 de ICMS, acrescido da multa de 70%, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de junho a setembro, novembro e dezembro de 2005; janeiro a dezembro de 2006.

O autuado apresentou impugnação às fls. 271/272, alegando que algumas notas fiscais objeto do levantamento fiscal, foram registradas no seu livro Caixa encontrando-se carimbo dando conta de que houve o pagamento das seguintes Notas Fiscais:

- Nota Fiscal nº 536106, emitida por Liane Ltda., foi lançado o pagamento no livro Caixa em 15/07/2005;
- Nota Fiscal nº 201654, emitida por Mili S/A, foi lançado o pagamento no livro Caixa em 21/08/2005;
- Nota Fiscal nº 374081, emitida por Supervida Distribuidora Ltda., foi lançado o pagamento no livro Caixa em 15/07/2005;
- Nota Fiscal nº 545123, emitida por Liane Ltda., foi lançado o pagamento no livro Caixa em 26/08/2005;
- Nota Fiscal nº 549752, emitida por Liane Ltda., foi lançado o pagamento no livro Caixa em 17/09/2005;
- Nota Fiscal nº 244369, emitida pela Cooperativa Vale do Rio Doce, foi lançado o pagamento no livro Caixa em 28/09/2005;
- Nota Fiscal nº 249633, emitida pela Cooperativa Vale do Rio Doce, foi lançado o pagamento no livro Caixa em 25/09/2005;
- Nota Fiscal nº 557033, emitida pela Cooperativa Vale do Rio Doce, foi lançado o pagamento no livro Caixa em 22/10/2005;
- Nota Fiscal nº 257128, emitida pela Cooperativa Vale do Rio Doce, foi lançado o pagamento no livro Caixa em 05/11/2005;
- Nota Fiscal nº 568742, emitida por Liana Ltda., foi lançado o pagamento no livro Caixa em 16/12/2005;

- Nota Fiscal nº 264428, emitida pela Cooperativa Vale do Rio Doce, foi lançado o pagamento no livro Caixa em 10/12/2005;
- Notas Fiscais de números 3838, 10272, 15321, 63827, 401861, 404753, 404754, 705408, 709747, 709748, e 709749, foram lançados os pagamentos no livro Caixa em janeiro de 2007;

Por fim, o defensor pede que sejam deduzidos os valores correspondentes às mencionadas Notas Fiscais.

O autuante, em sua informação fiscal à fl. 289 dos autos, diz que após analisar detalhadamente a documentação apresentada pelo autuado, constatou que realmente houve equívoco no levantamento fiscal em relação ao lançamento das notas fiscais correspondentes ao exercício de 2005, tendo em vista que esses documentos fiscais foram lançados. Salienta que as notas fiscais do mês de dezembro de 2006 foram lançadas no exercício de 2007. Assim, o autuante informa que refez os demonstrativos com as necessárias correções (fls. 283 a 288) e após a exclusão das notas fiscais comprovadas o débito originalmente apurado ficou reduzido, conforme novo demonstrativo que elaborou, totalizando R\$13.090,58 (fl. 289).

Intimado da informação fiscal, o defensor se manifestou às fls. 292 a 298, aduzindo que a exigência fiscal foi efetuada em decorrência da falta de registro de notas fiscais, e na relação de fls. 283 a 288 constam diversas notas fiscais de remetentes estabelecidos neste Estado e notas fiscais de remetentes estabelecidos em outras unidades da Federação. Quanto aos documentos fiscais deste Estado, o autuado diz todos são seus fornecedores, não tendo certeza de ter ou não realizado as compras. Pede que seja exigida multa por falta de registro das notas fiscais, tendo em vista que não foi realizada auditoria da disponibilidade de caixa, e as mercadorias, na quase totalidade, são sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação. Salienta que é uma microempresa, que recolhia seu imposto pelo regime simplificado de apuração. Em seguida, o defensor elabora demonstrativo das notas fiscais, assegurando que uma simples análise dessas notas fiscais demonstra que as compras não foram realizadas porque são aquisições de alto valor, totalmente fora da capacidade de pagamento da empresa; são caminhões fechados de doces, guloseimas e açúcar, compras totalmente fora dos limites econômicos e da capacidade de comercialização. O autuado diz que suas compras são semanais, possui um pequeno mercadinho; balas e bombons são utilizados em seu estabelecimento para facilitar o troco e que jamais comprou sequer 100 kg. de doces de uma só vez. Salienta que outro dado importante é que as notas fiscais de compras de açúcar das empresas Jalles Machado, MR Distribuidora e Distribuidora Aldebraram, todas foram transportadas pela mesma pessoa, num veículo pertencente a um Senhor de nome Aloísio da cidade de Tanque Novo, conforme se pode constatar no cadastro do IPVA. O defensor pede que seja solicitado ao autuante para que faça uma visita ao seu estabelecimento para verificar a veracidade das alegações defensivas, reafirmando que não é responsável pelas compras das mercadorias objeto da autuação e não tem como comprovar o contrário antes do julgamento das ações judiciais, e não tem como pagar o valor do imposto e multa, o que resultaria no encerramento de suas atividades, salientando que, para pagar as taxas judiciais teve que tomar dinheiro emprestado e está lutando para não ter que fechar o seu comércio por conta de atos de pessoas inescrupulosas. Por fim, pede que após a visita do autuante em seu estabelecimento, seja reformulada a informação fiscal, reconhecida a verdade dos fatos narrados, e que seja excluída a base de cálculo ao Auto de Infração em lide, as notas fiscais das empresas Jalles Machado S/A, Florestal Alimentos S/A, MR Distribuidora e Distribuidora Aldebraram, assegurando que, de fato, não adquiriu as mercadorias e qualquer pessoa pode comprar em nome de outra e fazer o pagamento das duplicatas, o que é muito usado hoje por sonegadores, e os próprios Fiscais da Secretaria da Fazenda têm conhecimento de que isso acontece, sendo uma injustiça exigir o pagamento do imposto de uma pessoa sem verificar se esta pessoa teria ou não condições de ter feito as compras. Diz que deve haver o bom senso nestas situações e reitera o pedido para que um preposto fiscal compareça ao seu estabelecimento comercial para constatação de que realmente não teria condições de adquirir e comercializar as quantidades de mercadorias remetidas.

Consta às fls. 299 a 307, cópia da petição inicial de Ação de Indenização por dados materiais e morais ajuizada pelo autuado contra a empresa Distribuidora Aldebaran Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Às fls. 343 a 351 contra a empresa Jalles Machado S/A. Fls. 388 a 395, contra a empresa MR /Distribuidora de Alimentos Ltda. Fls. 432 a 439, contra a empresa SM Comércio de Bebidas Ltda. Fls. 457 a 465, contra a empresa Docile Alimentos Ltda. Fls. 503 a 512, contra a empresa Florestal Alimentos S/A. Em cada processo, anexou cópia de Parecer Intermediário da DITRI, relativo ao pedido de bloqueio da mercadoria que transitar em nome do estabelecimento autuado, que não tenha como origem o Estado de Santa Catarina. A DITRI informa que foi incluído no Sistema desta SEFAZ o pedido apresentado pelo contribuinte.

Nova informação fiscal foi prestada pelo autuante à fl. 560 dos autos, dizendo que apenas em sede judicial pode ser desconsiderada a pessoa jurídica constante nos documentos fiscais, tendo em vista ser este o documento próprio para caracterizar uma operação comercial. Diz que as alegações do autuado são de cunho subjetivo e não ilidem a ação fiscal e que o trabalho da fiscalização foi realizado com os dados disponibilizados pelo sistema de dados desta SEFAZ em cotejo com os documentos fiscais emitidos por diversos fornecedores, e como se trata de negócios jurídicos pretéritos, não foram contabilizados. Entende que uma mera diligência ao estabelecimento autuado não traria qualquer benefício para o destino da autuação. Assevera que nenhum fato ou dado acrescido pelo autuado foi capaz de influenciar na exigência fiscal, e diz que mantém integralmente os valores do presente lançamento.

Considerando o que estabelece a Instrução Normativa nº 56/2007, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência para o autuante intimar o defendant a apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária.

Sendo apresentado o mencionado demonstrativo, o autuante fazer o confronto com os documentos fiscais originais e a necessária exclusão do valor exigido, conforme determinado pela Instrução Normativa 56/2007.

Em seguida, a Inspetoria Fiscal providenciar a entrega ao autuado de cópia de todos os elementos que forem anexados aos autos pelo autuante, mediante recibo firmado pelo contribuinte ou seu representante legal, com a indicação do prazo de trinta dias para o contribuinte se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo o prazo de defesa.

De acordo com a informação prestada pelo autuante à fl. 565, o defendant foi intimado na forma solicitada, mas não atendeu à intimação de fl. 566.

VOTO

Inicialmente, fica indeferido o pedido de diligência apresentado pelo autuado nas razões de defesa, nos termos de art. 147, I, “a” do RPAF/99, tendo em vista que os elementos contidos nos autos são suficientes para as minhas conclusões acerca da lide.

O presente Auto de Infração refere-se à exigência de ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas não registradas correspondentes a notas fiscais constantes do demonstrativo às fl. 86 e 98 a 104 do PAF.

Observo que no período fiscalizado o sujeito passivo era inscrito no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e as obrigações relativas à escrituração para as empresas inscritas no SIMBAHIA são previstas no inciso VI, do art. 408-C, do RICMS/97, que estabelece:

“Art. 408-C. As microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes(redação vigente à época):

VI - escrituração:

a) do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do Livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, tratando-se de empresas de pequeno porte e microempresas com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais)".

Diante da comprovação apresentada pelo contribuinte, o autuante refez os cálculos excluindo os valores correspondentes aos documentos fiscais comprovadamente lançados no livro Caixa, conforme demonstrativos de fls. 283 a 288.

Entretanto, o defendant não acatou os novos demonstrativos apresentados pelo autuante, alegando que as compras não foram realizadas porque são aquisições de alto valor, totalmente fora da capacidade de pagamento da empresa; são caminhões fechados de doces, guloseimas e açúcar, compras totalmente fora dos limites econômicos e da capacidade de comercialização. Acostou aos autos cópias de petições iniciais referentes aos processos indenização por dados materiais e morais ajuizada pelo autuado contra as diversas empresas fornecedoras, e pede que seja realizada diligência fiscal para que um preposto fiscal compareça ao seu estabelecimento comercial para constatação de que realmente não teria condições de adquirir e comercializar as quantidades de mercadorias remetidas.

Quanto à alegação do autuado de que as mercadorias não foram recebidas pelo seu estabelecimento ou enviadas por seus fornecedores, não pode ser acolhida, tendo em vista que as notas fiscais foram coletadas em postos fiscais, constando o autuado como destinatário das mercadorias, estando comprovada a sua circulação, ficou caracterizada a infração relativa à aquisição de mercadorias sem o devido lançamento no livro Caixa do estabelecimento autuado, implicando na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96:

"Art. 4º

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, 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 exigência de ICMS a título de presunção de omissão de saídas, e o autuado não tendo comprovado o registro dos documentos fiscais deve ser mantida a exigência fiscal por presunção de que as mercadorias foram adquiridas com receitas anteriores não contabilizadas.

O autuado apresentou às fls. 299 a 307, cópia da petição inicial de Ação de Indenização por dados materiais e morais ajuizada pelo autuado contra a empresa Distribuidora Aldebaran Comércio de Produtos Alimentícios Ltda. Às fls. 343 a 351 contra a empresa Jalles Machado S/A. Fls. 388 a 395, contra a empresa MR /Distribuidora de Alimentos Ltda. Fls. 432 a 439, contra a empresa SM Comércio de Bebidas Ltda. Fls. 457 a 465, contra a empresa Docile Alimentos Ltda. Fls. 503 a 512, contra a empresa Florestal Alimentos S/A.

Entendo que neste caso, a indenização pleiteada deve incluir os impostos, multa e demais acréscimos tributários exigidos em decorrência dessas operações.

Quanto ao argumento defensivo de que não foi realizada auditoria da disponibilidade de caixa, observo que a exigência fiscal foi efetuada por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não

cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O autuado também alegou que as mercadorias, na quase totalidade, são sujeitas ao pagamento do ICMS por antecipação. Por isso, esta Junta de Julgamento Fiscal converteu o presente processo em diligência para o autuante intimar o deficiente a apresentar demonstrativo da proporcionalidade das entradas e saídas de mercadorias tributáveis, isentas ou não tributáveis e mercadorias sujeitas à substituição tributária, e se fosse apresentado o mencionado demonstrativo, foi solicitado para o autuante fazer o confronto com os documentos fiscais originais e a necessária exclusão do valor exigido, conforme determinado pela Instrução Normativa 56/2007. Entretanto, de acordo com a informação prestada pelo autuante à fl. 565, o deficiente foi intimado na forma solicitada, mas não atendeu à intimação de fl. 566.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido decorrente de entradas de mercadorias não registradas, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei 7.357/98, alterada pela Lei 8.534/2002.

Assim, não restou provado o lançamento no livro fiscal próprio em relação às notas fiscais que foram objeto do novo demonstrativo elaborado pelo autuante (fls. 283/288), ficando alterado o valor do imposto exigido para R\$13.090,58. Mantida parcialmente a infração apontada, conforme demonstrativo de débito à fl. 289.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

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 232895.0001/08-2, lavrado contra **ANTÔNIO DA SILVA COELHO DE BARRA DA ESTIVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$13.090,58**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - JULGADORA