

A. I. Nº - 206882.0302/09-0
AUTUADO - REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - LÍCIA MARIA ROCHA SOARES
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 11.05.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0075-02/12

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Reduzido o débito após a aplicação da proporcionalidade sobre o débito apurado na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007. **2..** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIAS SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% do valor comercial das mercadorias não escrituradas. Não foram carreadas ao processo as cópias das notas fiscais que fundamentam a acusação fiscal. Item NULO, visando o refazimento da ação fiscal a salvo de falhas. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/03/2009, para exigência de ICMS e MULTA no valor de R\$230.897,79, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$ 209.364,70, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores de Caixa, no período de junho a novembro de 2005, conforme demonstrativos e documentos às fls. 27 a 914.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro na escrita fiscal, nos meses de abril e maio, agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor de R\$21.533,09, equivalente a 10% sobre o valor comercial das mercadorias, conforme demonstrativo às fls. 10 a 21 e 22.

O autuado, através de advogado legalmente constituído, fls. 918 a 930, inicialmente, pede que, doravante, sob pena de nulidade, todas as intimações relativas ao feito sejam direcionadas ao profissional que subscreve a peça defensiva, legítimo representante legal do autuado na ação administrativa, que possui escritório na Rua Cel. Almerinho Rehem, 126, Edf. Empresarial Costa Andrade, Salas 411 a 414, Caminho das Árvores, Cep 41820-768, Salvador, Bahia. Cita a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em processo que definiu que as intimações deverão ser sempre direcionadas aos advogados constituídos no processo.

Ainda em preliminar, suscita a nulidade da autuação sob o fundamento de que por ter sido lavrado em decorrência de fiscalização em estabelecimento, a autuação ocorreu quase 05 (cinco) meses após a intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais, com cientificação em 04/11/2008, sem o indispensável "termo de início da fiscalização".

Assim, invoca o art. 28, inciso I, do RPAF, para arguir que a ação fiscal deverá ser precedida do "termo de início da fiscalização", que possui validade, a teor do § 1º do mesmo artigo, de 90 dias, não se enquadrando a hipótese ora ventilada em qualquer das exceções estabelecidas, para dispensa do aludido "termo", no art. 29, do RPAF.

Para fundamentar esta preliminar cita e transcreve ementas do CONSEF através dos Acórdãos nº 0219-01/03 - 1ª JF; JF nº 0026-04/09 - 4ª JF, referentes a julgamentos pela nulidade por inobservância do devido processo legal.

No mérito, argui a improcedência da autuação com base nos seguintes fundamentos de fato e de direito.

Infração 01

Alega que a demonstração do "fluxo de caixa" não foi realizada de forma regular, pois foi desconsiderado o livro Caixa nº 01, anexado às fls.980 a 995, e foram lançados "pagamentos" que não teriam sido declarados e teriam sido realizados, sempre "A VISTA", apurando, a partir de junho de 2005, até novembro do mesmo ano, "saldos credores". Diz que as "entradas" estariam registradas no LRE e no Livro Diário, e que aquelas que constavam apenas do LRE foram "transportadas" para o Diário, fazendo com que o "Caixa" não suportasse as respectivas "quitações".

Diz ainda que as seguintes "notas fiscais" listadas no "DEMONSTRATIVO DO FLUXO DE CAIXA", não constam do LRE ou do Livro Caixa, e cópias não foram ofertadas com a intimação: 229402 (02/07/05 - R\$ 27.960,00); 571864 (09/08/05 - R\$24.553,12); 101121 (02/09/05 - R\$28.035,03); 243056 (03/09/05 - R\$ 23.736,00); 242384 (05/09/05) - R\$23.736,00); 237011 (19/09/05 - R\$23.832,84); 09227 (09/09/05 - R\$22.500,00); 104455 (19/09/05 - R\$15.323,24); 367711 (19/09/05 - R\$17.520,13); 935542 (05/10/05 - R\$13.440,00); 934393 (04/10/05 - R\$37.142,00); 319442 (06/10/05 - R\$16.000,45); 172140 (04/10/05 - R\$15.066,00); 959969 (29/10/05 - R\$37.142,00); 093468 (07/10/05 - R\$14.400,00); 106563 (05/10/05 - R\$27.657,18); 243731 (26/10/05 - R\$22.449,80); 1811361 (29/10/05 - R\$ 33.850,94); 254409 (02/11/05) - R\$22.962,00); 1817011 (12/11/05 - R\$26.134,99. Assim, observa que as operações correspondentes aos documentos fiscais listados, até prova em contrário, não foram caracterizadas e não podem compor o presente lançamento.

Assevera que o "refazimento do fluxo de caixa" não seguiu uma ordem cronológica, cujo deslocamento de valores para datas distintas dos documentos, os quais, segundo a autuação, representam compras PAGAS À VISTA, quando ocorreram à prazo, interferindo, assim, no resultado do levantamento. Além disso, aduz que ficou prejudicado no registro das RECEITAS, pois todas as operações foram consideradas no último dia de cada mês, causando distorções, e onerando a incidência dos acréscimos legais inerentes ao Auto de Infração.

Frisa que como grande parte das notas computadas na planilha anexa ao PAF foi lançada apenas no LRE, não foi escriturada no livro Diário, e sequer se pode afirmar que foram "quitadas", mormente nas datas consideradas na autuação. Salienta que o lançamento, assim, não considera as possibilidades de "devoluções", "pagamento a prazo" e "não pagamentos", invertendo de forma ilegal, inclusive, o ônus da prova.

Salienta que não foi observado que o estabelecimento comercializa mercadorias tributadas, isentas, substituídas, sujeitas a redução de base de cálculo e a alíquota de 7%, assim como outros "créditos de direito".

Assevera que duas premissas devem ser levadas a efeito: a observação do regime de atacadista e a consideração do dia 31/12/05, como data da ocorrência.

No caso do regime de atacadista, diz que em consonância com o parecer exarado no Processo nº 047744200500, possui credenciamento, ainda vigente, nos termos do Decreto nº 7.799/00, para redução de base de cálculo em 41,176%, e por isso, entende que os valores apurados sejam considerados para a formação da base de cálculo, devendo ser feita a redução nos termos do referido parecer, dentro dos mesmos princípios que regem a proporcionalidade.

Com esse argumento, pugna pela aplicação do critério da "proporcionalidade", tendo em vista que o estabelecimento trabalha com mercadorias isentas, não tributadas, substituídas e com

alíquota de 7%.

Prosseguindo, pede que sejam abatidos os valores referentes às "antecipações parciais", vinculados aos mesmos documentos fiscais que foram inseridos no "Caixa" e que, assim, ocasionaram o lançamento, através dos DAE'S anexados às fls. 945 a 979, em relação às notas identificadas e destacadas nos mesmos documentos de arrecadação, fls. 931 a 941.

Quando à infração 02, aduz que sua defesa encontra-se prejudicada porque não recebeu cópia das notas fiscais que não teriam sido escrituradas e que, de acordo os demonstrativos do AI, estariam no "relatório do SINTEGRA", em descumprimento do artigo 46 do RPAF/99.

Observa que se a multa aplicada não se referir a documentos que serviram de base para o item 01, deve ser exercida a absorção prevista no art. 42, § 5º, da Lei 7.014/96. Além disso, diz que se as operações forem consideradas válidas pelo CONSEF, torna-se necessário ainda a apuração dos créditos, pois se as mesmas não foram registradas tais valores não foram aproveitados, inclusive que o montante encontrado deve ser utilizado para dedução do item 01, em respeito aos princípios da informalidade e da economia processual.

Cita e transcreve a jurisprudência do CONSEF em julgamentos que decidiram sobre a aplicação do critério da proporcionalidade, redução de base de cálculo, adequação de alíquotas, a aplicação do regime especial de atacadista, etc, qual seja: Acórdãos JJF nº 0203-01/08; CJF nº 0084-12/08; JJF nº 0187-02/07; JJF nº 0273-01/07; CJF nº 0364-11/05; CJF nº 0429-11/06.

Requer a produção da prova pericial, sob pena de nulidade de todo o PAF, por cerceamento do direito de defesa, questionando se é consistente o levantamento fiscal, inclusive quanto à questão "cronológica"; bem como, no caso de condenação, para o levantamento da real base de cálculo e dos valores a serem deduzidos, observando-se: notas acrescentadas ao caixa e que não constam do LRE ou do Diário do estabelecimento autuado, a existência de compras a prazo e a alocação dos respectivos valores, proporcionalidade com saídas tributadas, vendas pela alíquota de 7%, aplicação do regime especial de atacadista etc. Coloca à disposição do perito toda e qualquer documentação necessária, devendo a solicitação ser feita ao profissional que subscreve a defesa.

Formula, ainda em atendimento às exigências regulamentares, os seguintes quesitos: 1) A auditoria de caixa seguiu as regras estabelecidas pela IN 310/90? 2) Seguiu a ordem cronológica dos fatos que segundo o AI configuram fato geradores do ICMS? 3) Foram incluídas no refazimento do caixa notas que não constam do LRE ou do Diário da Autuada? 4) Quais os documentos e respectivos valores? 5) A Autuada possui credenciamento para a utilização do Regime Especial de Atacadista? 6) Qual a carga tributária para esse segmento? 7) Foi a carga tributária reportada no item anterior adotada na autuação? 8) A Autuada comercializa com produtos isentos, não tributados, substituídos e sujeitos a alíquota de 7%? 9) Quais os percentuais para cada tipo de produto em cada mês objeto da autuação? 10) As operações que não teriam sido registradas no item 02 coincidem com operações que serviram de base para o item 01? 11) As operações não registradas geram crédito para a Autuada? 12) Quais os valores e períodos? 13) Feitas as deduções solicitadas na defesa (sem antecipar juízo de valor ao Julgador), quais os valores remanescentes no AI?

Por fim, ao tempo em que protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e, na forma do art. 145 e seu § único, do RPAF, a perícia acima fundamentada e questionada, também protesta pela NULIDADE ou IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.1.004 a 1.005, a autuante, quanto a preliminar de nulidade, relativa alegação de que a ação fiscal teria ocupado mais de 5 (cinco) meses, considerou inócuo o argumento defensivo, esclarecendo que a ação fiscal foi renovada pela Ordem de Serviço nº 500680/09.

No mérito, diz que não prospera a alegação de que as notas fiscais listadas no "Demonstrativo do Fluxo de Caixa" não constam no LRE ou no Livro Caixa, pois o referido demonstrativo foi

integralmente feito com notas fiscais fornecidas pelo próprio contribuinte, razão pela qual não se justifica a oferta de cópia das NFs, observando que documentos que pertencem ao próprio contribuinte, e foram por ele fornecidos, não se alcançam na previsão regular contida no artigo 46 do RPAF.

Reafirma que todas as notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal estão anexadas ao PAF, inclusive as que o contribuinte alega não ter escriturado. Chama a atenção para um fato: QUAL A RESPONSABILIDADE DO FISCO CASO O CONTRIBUINTE DEIXE DE ESCRITURAR UMA NOTA FISCAL? SERÁ QUE O FATO DE SUPRIMIR O LANÇAMENTO DE NOTAS EM SEU REGISTRO DE ENTRADA DE MERCADORIA AUTORIZA O CONTRIBUINTE A NÃO LANÇAR NO LIVRO CAIXA?

Rebateu a afirmação do advogado de que não teriam sido observados os prazos e competências, dizendo que o Demonstrativo de Fluxo de Caixa abrange criteriosamente a competência de todos os pagamentos efetivados, fossem eles à vista ou mesmo parcelado.

Considerou curioso o fato do próprio advogado do autuado reconhecer ter deixado de lançar grande parte das NFs no livro Caixa, lançando-as apenas no LRE, e ainda assim questionar a sua inclusão no Demonstrativo de Fluxo de Caixa elaborado pela autuante.

Quanto a aplicação de qualquer tipo de proporcionalidade, conforme requerido pelo autuado, sustenta que não pode prosperar, por entender não haver previsão para a aplicação neste caso.

Com relação à Infração 02, esclarece que consta que foi fornecida cópia do Relatório Sintegra ao preposto contábil do contribuinte, para a devida conferência, não se justificando a alegação de prejuízo do processo defensivo.

Conclui ratificando sua ação fiscal.

Tendo em vista as alegações defensivas, conforme despacho às fls. 1.009 a 1.010, na Pauta Suplementar do dia 07/04/2010, o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para que fossem adotadas as seguintes providências:

I – Autuante:

1 - acostar aos autos as notas fiscais listadas à fl. 922 da defesa e conceder cópias das mesmas ao autuado, caso não seja possível a sua juntada excluir do fluxo de caixa os valores dos referidos documentos.

2 - solicitar do autuado que sejam apresentadas as notas fiscais acompanhadas de demonstrativo correspondente, relativas às mercadorias: isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária.

3 - intimar o sujeito passivo a apresentar relação dos pagamentos referentes às compras a prazo, com os respectivos comprovantes, que demonstrem a ocorrência de datas distintas das consignadas pelo autuante em seu levantamento.

4 - Após adotar as providências do item 3 acima, de posse dos elementos trazidos pelo impugnante, se necessário, os ajustes cabíveis no fluxo de caixa.

Constatada a existência de mercadorias isentas, não tributadas ou sujeitas à substituição tributária, considerar a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa 56/2007. Feito isto, informar no demonstrativo ajustado, os novos valores de saldo credor da conta Caixa, e o montante do ICMS apurado.

No que se refere à Infração 02, anexar aos autos os documentos fiscais constantes do demonstrativo relatório Sintegra fls.16 a 26, e fornecer cópia ao autuado. Caso não seja possível a sua juntada, excluir do levantamento os valores dos referidos documentos.

II - Inspetoria Fazendária:

- a) fazer entrega ao autuado das cópias dos novos demonstrativos elaborados pela autuante, mediante recibo a ser juntado aos autos;*
- b) reabrir o prazo de defesa 30 (trinta) dias, para que o autuado possa se manifestar, se quiser;*
- c) caso o autuado se pronuncie, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação*

fiscal.

Consta à fl. 1.013 pedido do patrono do autuado de cópia da informação fiscal, no que foi atendido pelo Consef.

A autuante atende ao pedido do órgão julgador e presta a informação fiscal constante às fls.1.018 a 1020, informando o que segue:

- 1) Com relação ao item "1" da referida diligência, informou que apenas a Nota Fiscal nº 229402, no valor de R\$ 27.960,00, não consta nos registros de entrada do autuado, integrando, contudo, o presente PAF às fls. 656-A; diz que deixou de fornecer cópia ao contribuinte das demais notas fiscais, em razão de estarem devidamente registradas em seu livro de Registro de Entrada de Mercadorias, cujas cópias integram o PAF, tornando-se, no seu entender, desnecessário o fornecimento ao autuado de documentos sobre os quais ele possui a guarda, quais sejam:

| | | | |
|------------------|-----------------|----------------------|----------------------|
| NF 571864 | Livro REM | fls. 56 do PAF | Valor: R\$ 24.553,12 |
| NF 101121 | Livro REM | fls. 64 do PAF | Valor: R\$ 28.035,03 |
| NF 243056 | Livro REM | fls. 64 do PAF | Valor: R\$ 23.736,00 |
| NF 242384 | Livro REM | fls. 64 do PAF | Valor: R\$ 23.736,00 |
| NF 237011 | Livro REM | fls. 64 do PAF | Valor: R\$ 23.382,84 |
| NF 09227 | Livro REM | fls. 63 do PAF | Valor: R\$ 22.500,00 |
| NF 104455 | Livro REM | fls. 63 do PAF | Valor: R\$ 15.323,24 |
| NF 367711 | Livro REM | fls. 71 do PAF | Valor: R\$ 17.520,13 |
| NF 935542 | Livro REM | fls. 73 do PAF | Valor: R\$ 13.440,00 |
| NF 934393 | Livro REM | fls. 72 do PAF | Valor: R\$ 37.142,00 |
| NF 319442 | Livro REM | fls. 70 do PAF | Valor: R\$ 16.000,00 |
| NF 172140 | Livro REM | fls. 69 do PAF | Valor: R\$ 15.066,00 |
| NF 959969 | Livro REM | fls. 81 do PAF | Valor: R\$ 37.142,00 |
| NF 93468 | Livro REM | fls. 76 do PAF | Valor: R\$ 14.400,00 |
| NF 106563 | Livro REM | fls. 76 do PAF | Valor: R\$ 27.657,18 |
| NF 243.731 | Livro REM | fls. 76 do PAF | Valor: R\$ 22.449,80 |
| NF 1811361 | Livro REM | fls. 80 do PAF | Valor: R\$ 33.850,94 |
| NF 254409 | Livro REM | fls. 80 do PAF | Valor: R\$ 22.962,00 |
| NF 1817011 | Livro REM | fls. 85 do PAF | Valor: R\$ 26.134,99 |

- 2) Com relação ao item "2" da diligência solicitada, informa que realizou os cálculos da proporcionalidade sobre as saídas dos meses de junho a novembro de 2005, alcançando os seguintes resultados:

| | | |
|---------------------|--------------------------------|-------------------------|
| Junho/2005 | saídas tributadas (61 %) | Isentas e outras (39%) |
| Julho/2005 | saídas tributadas (69%) | Isentas e outras (31 %) |
| Agosto/2005 | saídas tributadas (64%) | Isentas e outras (36%) |
| Setembro/2005 | saídas tributadas (60%) | Isentas e outras (40%) |
| Outubro/2005 | saídas tributadas (49%) | Isentas e outras (51 %) |
| Novembro/2005 | saídas tributadas (51 %) | Isentas e outras (49%) |

- 3) Aplicou os percentuais acima sobre a Infração 01, com base nos parâmetros encontrados, cujo respectivo demonstrativo de débito para a infração indicada passa a ser:

| Data Ocorr | Data Veneta | Base de Cálculo | Aliq (%) | Multa (%) | Valor Histórico | Vaiarem Real |
|------------|-------------|--------------------|----------|-----------|--------------------|-----------------|
| 30/06/2005 | 09/07/2005 | 108.938,89 | 17,00 | 70,00 | 18.519,61 | 18.519,61 |
| 31/07/2005 | 09/08/2005 | 109.054,42 | 17,00 | 70,00 | 18.539,25 | 18.539,25 |
| 31/08/2005 | 09/09/2005 | 232.950,89 | 17,00 | 70,00 | 39.601,65 | 39.601,65 |
| 30/09/2005 | 09/10/2005 | 201.870,35 | 17,00 | 70,00 | 34.317,96 | 34.317,96 |
| 31/10/2005 | 09/11/2005 | 24.871,47 | 17,00 | 70,00 | 4.228,15 | 4.228,15 |
| 30/11/2005 | 09/12/2005 | 94.209,42 | 17,00 | 70,00 | 16.015,60 | 16.015,60 |

- 4) Com relação ao item "3" informou que no levantamento realizado foram consignadas as datas que efetivamente constavam nos documentos apresentados pelo autuado, cabendo a este, e somente a este, produzir as provas que alega ou pretende apresentar em sua defesa.
- 5) Com relação à Infração 02, informou não possuir quaisquer documentos relativos às notas fiscais relacionadas no Relatório Sintegra de fls. 16 a 26, uma vez que, apesar de haver orientação dos superiores hierárquicos (diretores, inspetores e supervisores), para que fosse adotado como procedimento provisório a lavratura da referida infração, o processo não foi aperfeiçoado pelo fornecimento das respectivas notas fiscais pelos setores competentes da Sefaz.

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

Conforme intimação e AR dos Correios, fls. 1.023 e 1.024, o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal constante às fls.1.018 a 1.020, sendo-lhe entregues cópias, o qual, se manifestou às fls. 1.026 a 1.032, argüindo que a diligência solicitada pela JJF não foi integralmente atendida.

No que tange ao item 01 do AI, diz que deve ser determinada a exclusão do "fluxo de caixa" do auto a NF 229402, no valor de R\$ 27.960,00, vez que, conforme declara a autuante, não foi lançada, não representando uma operação efetiva. Frisa que tal NF, haveria que se aplicar a multa prevista em lei pela ausência de escrituração (infração autônoma), isso se a cópia existente no PAF for a 1ª via ou a via captada pelo CFAMT.

Quanto aos demais documentos, diz que realmente constam no seu LRE, conforme cópias indicadas pela autuante. Nesse ponto, o profissional que subscreve a presente manifestação pede desculpas pela alegação em contrário contida na defesa, o que foi levado a efeito diante de informação insegura que obteve. Saliente que parece se constatar, que as mesmas notas fiscais não foram lançadas no Livro Caixa.

Contudo, observa que nas próprias notas fiscais, indicadas pela autuante como anexadas ao PAF, inclusive com os números das folhas do processo onde se encontram, as condições de pagamento, com prazos que vão até 30 dias. Assim, frisa que como a autuante asseverou às fl.1020 que "no levantamento foram consignadas as datas que efetivamente constavam nos documentos", necessário se faz observar se os lançamentos, na autuação, foram pelas datas de emissão ou dos vencimentos (o que seria o correto), fazendo-se, se devida, a respectiva retificação, como desejado, desde o início, pela defesa.

Sobre o "cálculo da proporcionalidade", declara sua concordância com os percentuais apresentados para as mercadorias isentas e sujeitas ao regime de substituição tributária (outras). Apesar disso, diz que obedecendo os mesmos princípios, há de se fazer a proporção pertinente às mercadorias taxadas com a alíquota de 7%, o que, consoante demonstração já apresentada na defesa, significa cerca de 6% do total das aquisições no período. Observa que outra questão a ser resolvida, já delineada na defesa, se refere à questão da "antecipação parcial".

Além disso, quanto ao item 01, em consonância com o parecer exarado no Processo nº 047744200500, reafirma que possui credenciamento no termos do Decreto nº 7.799/00, para redução de base de cálculo em 41,176%, e que como a concessão já se encontrava vigente,

salienta que deve ser feita a redução nos termos do referido parecer. Cita e transcreve a jurisprudência do CONSEF, em casos que considera análogos, em julgamentos que decidiram pela aplicação dos mesmos princípios que regem a proporcionalidade, quais sejam: CJF nº 0144-12/05; CJF nº 0051-11/06; CJF nº 0241-11/10; CJF nº 0365-11/06; JJF nº 0105-01/02.

Conclui reiterando a nulidade ou improcedência dos itens 01 e 02 do AI, ou, pelo menos, com relação ao item 01, o abatimento da proporcionalidade já levantada, mais o percentual de 6% relativo às vendas tributadas com 7% e a dedução, sobre o saldo, de 41,176%, correspondente ao regime especial em vigor na data dos fatos presumidos.

Através do Processo SIPRO nº 140263/2011-8, fl. 1.036, o autuado solicita a juntada aos autos dos demonstrativos às fls. 1.037 a 1.042, referente a lançamento contra empresa “atacadista”, visando comprovar que adota a “redução de base de cálculo” do “setor atacadista”.

A autuante as manifesta às fls. 1.045 a 1.046, informando o seguinte.

- 1) Com relação à Infração 01, consta que realmente a empresa deixou de registrar em sua escrita contábil e fiscal, diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias, conforme confessa em sua informação às fls. 1.027.*
- 2) Outrossim, alegar que por não ter havido registro ou lançamento de determinado documento, não teria havido operação efetiva é totalmente descabido. Tão descabido quanto o fato do contribuinte querer transformar uma omissão de saída integralmente caracterizada com base na presunção legal do não lançamento (art. 2º § 3º), em uma simples multa formal, porque lhe é mais conveniente.*
- 3) Igualmente descabido é tentar impor ao Consef o entendimento de que a redução de base de cálculo prevista no Decreto 7.799/00 se aplica às omissões de receita. Nesse caso, gostaríamos de saber quais foram os contribuintes de ICMS inscritos que concorreram com as omissões apuradas, a fim de que o Estado possa adotar as devidas providências legais.*
- 4) Ademais, o arsenal de decisões relacionadas pelo Autuado não se aplicam ao caso, tratando em sua maioria pela sistemática de apuração pela receita bruta ou outros tipos de regime, e, nos casos que se referiam ao Dec. 7.799/00, como no caso do Acórdão CJF 0051-11/06, em que a decisão é anulada tão apenas pela incerteza do seu cometimento, e não pela aplicação dos efeitos do Dec. 7.799/00.*

Conclui pela procedência parcial do Auto de Infração.

VOTO

Inicialmente, quanto ao pedido para que as futuras intimações sejam efetuadas exclusivamente em nome do seu advogado que subscreve a peça defensiva, há de se ressaltar que o art. 108 do RPAF, determina que a intimação será feita pessoalmente ao sujeito passivo ou interessado, seu representante ou preposto, como também através de via postal ou por meio eletrônico, independentemente da ordem, ou através de edital publicado no Diário Oficial do Estado, quando não for possível as formas anteriores.

Quanto a preliminar de nulidade de que foi descumprido o § 1º do artigo 28, inciso I, do RPAF, sob o fundamento de que a ação fiscal por ter sido desenvolvida na fiscalização de estabelecimento ocorreu quase 05 (cinco) meses após a intimação para a apresentação de livros e documentos fiscais, ou seja, por ter ultrapassado o prazo de 90 (noventa) dias previsto no citado dispositivo regulamentar, verifico que este fato não causou prejuízo ao autuado, muito pelo contrário, ele poderia ter utilizado da espontaneidade para recolher o débito que julgasse devido neste processo.

No que tange a jurisprudência do CONSEF citada na defesa, verifico que tratam de matéria diversa à que cuida o presente processo.

Assim, não está comprovada nos autos a existência de vícios formais que comprometam a eficácia da autuação fiscal, cujas questões que envolvam eventuais erros na apuração do débito ou falta de

comprovação do cometimento da infração, serão objeto de apreciação por ocasião do exame do mérito, ficando rejeitadas as preliminares de nulidade requeridas nas razões de defesa, por não encontrar amparo em nenhum dos incisos I a IV do artigo 18 do RPAF/99.

O Auto de Infração exige ICMS sob a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa (Infração 01); bem como em razão de entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal (Infração 02).

Quanto à infração 01, o patrono do autuado alegou na defesa que o Fluxo de Caixa não seguiu a ordem das datas de recebimento e de pagamentos realizados. Disse que não recebeu cópias das notas fiscais listadas à fl. 922 do PAF. Foi dito ainda que todos os registros foram lançados pela fiscalização como sendo compras "pagas a vista," tendo argüido que a maior parte das aquisições foram realizadas a prazo e que no setor atacadista parte das compras é paga entre 15 e 30 dias. O autuado informou também que trabalha com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.

Sobre a infração 02, o defendente considerou que sua defesa encontra-se prejudicada, por entender que houve descumprimento ao artigo 46 do RPAF/99, porque não recebeu cópia das notas fiscais relacionadas no levantamento fiscal.

Diante de tais alegações defensivas, visando instruir o processo com todos os elementos de provas e permitir ao sujeito passivo exercer com plenitude a ampla defesa e o contraditório, bem como dotar o Estado da certeza quanto ao crédito tributário, ora exigido, esta 2ª Junta de Julgamento Fiscal, em pauta suplementar deliberou pelo encaminhamento do processo à INF AZ de origem para que fossem adotadas as providências constantes no despacho de diligência às fls. 1.009 a 1.010.

Após analisar detidamente as peças que compõem o presente PAF, quais sejam, o auto de infração, demonstrativos, cópias de notas fiscais, intimações, impugnações e informações fiscais, passo a proferir meu voto a partir do resultado da citada diligência determinada pelo órgão julgador.

Infração 01

Esta infração é concernente a acusação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de Caixa, em diversos meses de junho a novembro de 2005.

O débito foi apurado mensalmente mediante o Fluxo de Caixa, conforme demonstrativos às fls. 27 a 41, nos quais, partindo do saldo inicial de Caixa existente em 01/01/2005, foram considerados como débito os recebimentos das vendas realizadas, e como crédito os pagamentos das notas fiscais que especifica e demais pagamentos identificados no Livro Caixa, apurando os saldos credores, e exigindo o respectivo imposto.

O 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, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, a irregularidade encontra amparo no art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97.

Para elidir tal presunção, o sujeito passivo na peça impugnatória tomou por base nas seguintes premissas: 1) que o Fluxo de Caixa não seguiu a ordem das datas de recebimento e de pagamentos realizados; 2) que não recebeu cópias das notas fiscais listadas à fl. 922 do PAF; 3) que todos os registros foram lançados como sendo compras "pagas a vista," e que a maior parte das aquisições foram realizadas a prazo; 4) existência de credenciamento nos termos do Decreto nº 7.799/00, para redução da base de cálculo em 41,176% e de operações com alíquota de 7%. 5) que o estabelecimento comercializa também com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas.

Premissa 1:

Conforme frisou a autuante, o fluxo de Caixa foi feito obedecendo as datas dos documentos fiscais e dos registros no livro Caixa, e no caso das vendas foi considerado o total registrado nos livros fiscais e lançado no último da cada mês. Não existe nenhum impedimento que os saldos sejam apurados no final do mês, conforme fez a autuante, uma vez que a apuração do imposto normal deve ser feita mensalmente. O autuado, por seu turno, alegou, mas não apresentou qualquer demonstrativo ou documento comprovando as reais datas de pagamento que entende corretas.

Premissa 2:

A alegação de que as notas fiscais listadas à fl. 922 não constam do LRE ou do livro Caixa, bem como que não recebeu cópias das notas fiscais, foi esclarecida na informação fiscal que tais documentos fiscais foram fornecidos pelo próprio autuado, inclusive no atendimento da diligência requerida pelo órgão julgador, foi demonstrado para cada nota fiscal o valor correspondente e a folha do Registro de Entradas onde se encontra escriturada, exceção da NF 229402 que se encontra à fl.656-A. Ressalto que o patrono do autuado tomou conhecimento do resultado da diligência fiscal às fls.1.004 e 1.005, e ao se manifestar sobre a referida nota fiscal, pugnou pela multa por falta de escrituração, se a cópia da nota fiscal existente no processo for a primeira via ou captada pelo CFAMT. Não acolho este argumento, uma vez que por se tratar de cópia da primeira via, tudo indica que a mesma foi fornecida à fiscalização juntamente com as demais constantes no arquivo do autuado. Assim, realmente não justifica o pedido do autuado para entrega de cópias de tais documentos fiscais, devendo todas elas serem mantidas no levantamento fiscal, inclusive as que não foram escrituradas nos livros fiscais.

Premissa 3:

O autuado não apresentou em sua impugnação qualquer documento de prova no sentido de que os registros lançados no Fluxo de Caixa como sendo compras "pagas à vista" se referem na maior parte das aquisições em compras realizadas a prazo.

Premissa 4:

Não tem fundamento o pedido do autuado para que seja reduzida a base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, uma vez que por se tratar presunção de omissão de saídas, referente a operações anteriores não levadas à tributação do imposto, não existe previsão para tal, a não ser que o autuado tivesse demonstrado quais foram as operações anteriores que não foram tributadas, inclusive, se fosse o caso, as operações realizadas à alíquota de 7%. Por outro lado, cumpre ainda observar que estas questões não se inclui na proporcionalidade prevista na IN 56/2007.

Premissa 5:

Quanto a alegação de que o estabelecimento comercializa também com mercadorias isentas, não tributadas e substituídas, a autuante ao atender a diligência requerida às fls. 1.009 a 1.010, elaborou à fl. 1.019 os percentuais das saídas tributadas, cujo resultado foi acolhido pelo autuado.

Assim, com base nos citados percentuais, o autuante aplicou sobre o débito apurado no Fluxo de Caixa a proporcionalidade, adotando o percentual das mercadorias tributadas, na forma prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, conforme demonstrativo à fl.1.019, resultando na diminuição da exigência fiscal para o valor de R\$131.222,22.

Quanto ao pedido do autuado de diligência para a revisão do lançamento deste item, com base no art. 147, inciso I, alínea "b", do RPAF/99, fica indeferido tal pedido, tendo em vista que o pedido do contribuinte foi no sentido de verificação de fatos vinculados à escrituração comercial ou de documentos que estejam de sua posse, e cujas provas poderiam ter sido juntadas aos autos. Além disso, o autuado não apresentou provas de suas alegações, nem justificou impossibilidade de trazer ao processo tais provas. Ressalto que o órgão julgador já baixou o processo em diligência para esclarecimentos das questões que entendeu necessárias, conforme despacho de diligência às fls. 1.009 a 1.010.

Mantido parcialmente o lançamento em virtude de o autuado não ter comprovado a origem dos recursos utilizados para o pagamento dos saldos credores apurados no trabalho fiscal.

Infração 02

Trata da aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, equivalente a 10% do valor das mercadorias, decorrente da falta registro na escrita fiscal das notas fiscais de mercadorias tributadas relacionadas nos demonstrativos às fls.16, 21 e 22.

Verifico que a mesma foi fundamentada em dados de notas fiscais informados por terceiros, sendo que a autuante disse que forneceu cópias do Relatório "Sintegra" Não constam dos autos referidos documentos fiscais, bem como cópia de recibo com declaração expressa do autuado acusando o recebimento de tais documentos.

Para chegar à conclusão fiscal a autuante tomou por base dados de notas fiscais informados por terceiros, identificadas a partir das informações constantes nos relatórios dos arquivos magnéticos do SINTEGRA, sendo que a autuante em sua informação fiscal disse que forneceu cópias ao autuado dos referido "Sintegra" Não constam dos autos cópias das notas fiscais, bem como cópia de recibo com declaração expressa do autuado acusando o recebimento de tais documentos.

Diante disso, conforme dito acima, o processo foi baixado em diligência para que a autuante anexasse aos autos os documentos fiscais constantes do demonstrativo relatório Sintegra fls. 16 a 26, e fornecesse cópia ao autuado.

Considerando a informação da autuante constante à fl.1.020, de que, apesar de justificar o seu procedimento, não possui quaisquer documentos relativos às notas fiscais relacionadas no Relatório Sintegra que serviu de base à autuação, não há como prosperar este item.

Desta forma, diante da falta de elementos de prova, o lançamento em questão não possui elementos suficientes para se caracterizar a infração, impondo a sua nulidade com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea "a", do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$131.222,22, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO ÉBITO

| Data Ocor. | Data Vencto. | B. de Cálculo | Aliq.(%) | Multa (%) | Vr.do Débito | INF. |
|------------|--------------|---------------|----------|-----------|--------------|------|
| 30/6/2005 | 9/7/2005 | 108.938,89 | 17 | 70 | 18.519,61 | 1 |
| 31/7/2005 | 9/8/2005 | 109.054,42 | 17 | 70 | 18.539,25 | 1 |
| 31/8/2005 | 9/9/2005 | 232.950,89 | 17 | 70 | 39.601,65 | 1 |
| 30/9/2005 | 9/10/2005 | 201.870,35 | 17 | 70 | 34.317,96 | 1 |
| 31/10/2005 | 9/11/2005 | 24.871,47 | 17 | 70 | 4.228,15 | 1 |
| 30/11/2005 | 9/12/2005 | 94.209,42 | 17 | 70 | 16.015,60 | 1 |
| TOTAL | | | | | 131.222,22 | |

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206882.0302/09-0**, lavrado contra **REIS ATACADO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$131.222,22**, acrescido da multa de 70%, previstas no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de abril de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR