

A. I. N° - 269610.0056/10-9
AUTUADO - JOILSON SANTOS FRAGA
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 10.09.2012

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0220-04/12

EMENTA: ICMS. 1. 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. Infração parcialmente elidida. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO QUANDO REGULAMENTE INTIMADO. MULTA. Infração caracterizada. **3.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. MULTA. Infração caracterizada. Exigência fiscal reduzida em face de exclusão de valores cujos documentos fiscais probatórios não foram carreados aos autos e outros lançados nas informações fiscais. **4.** DOCUMENTOS FISCAIS. CUPONS FISCAIS. DIFERENÇA NO CONFRONTO ENTRE OS VALORES INFORMADOS PELA OPERADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO E OS REGISTRADOS NO ECF. Duplicidade de presunção de saídas de mercadorias tributáveis em mesmo período, cujo valor compõe a receita relativa à exigência tributária pela infração 01. Infração improcedente. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 28/12/10 exige ICMS no valor de R\$67.699,41 acrescido da multa de 70%, além de multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de R\$80.721,41, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadoria tributável apurada através de saldo credor de caixa (2005-2007). Consta na descrição que o imposto foi calculado considerando o crédito presumido de 8% e a proporcionalidade de mercadorias tributáveis, em relação às mercadorias adquiridas, conforme entradas consolidadas do contribuinte do CFAMT e do SINTEGRA. Valor: R\$67.249,20.
2. Deixou de apresentar documento fiscal quando regularmente intimado. Consta, na descrição dos fatos, que apesar de intimado por duas vezes o contribuinte não exibiu livros fiscais, sendo aplicada multa no valor de R\$1.380,00.
3. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento de informações econômico-fiscais apresentadas através da Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME's 2005, 2006 e 2007). Valor: R\$79.341,41.
4. Omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, confrontando-se, dia a dia, as vendas em cartão

informadas com as constantes nas reduções Z como pagamento com cartões e notas fiscais (maio e junho/2007). Valor: R\$450,21.

O autuado apresenta defesa às fls. 927/957. Suscita nulidade da autuação por falta de entrega dos documentos que serviram de base para a exigência fiscal, e, por isso, diz desconhecer os valores que fundamentaram o levantamento e apuração do crédito tributário.

Presume que os valores da infração 03 foram extraídos de relatórios do CFAMT e SINTEGRA, dos quais não teve conhecimento no curso da ação fiscal, só lhe sendo entregue em data posterior à ciência do AI.

Salienta que é comum o fornecimento da listagem do CFAMT e SINTEGRA para o contribuinte responder se comprou as mercadorias constantes das notas fiscais indicadas nos relatórios. Diz que não lhe foi dada a oportunidade da verificação e nem lhe foram apresentadas as notas fiscais com os respectivos CANHOTOS como meio de prova da aquisição das mercadorias, o que, segundo ele, constitui cerceamento do direito de defesa e nulifica a autuação.

Da mesma forma, argumenta que sem provas materiais lhe foi aplicada multa de 5% sobre as supostas aquisições das mercadorias totalizando R\$79.341,41 não declarados na DME. Requer a realização de diligência para receber “anexos e demonstrativos” para providenciar impugnação amparada no “devido processo legal, ampla defesa e contraditório”, bem como as notas fiscais.

Suscita a nulidade, ainda, por o autuante ter lavrado o Auto de Infração fora do estabelecimento, segundo ele, contrariando o disposto nos artigos 108, I e 196 do Código Tributário Nacional (CTN), pois não pediu explicações, esclarecimentos por escrito de eventuais falhas ou irregularidades.

Suscitou também a nulidade da autuação sob o argumento de que a mesma se baseia em normas regulamentares e não em lei, contrariando o disposto no art. 5º, II da CF e art. 97, V do CTN.

Em tópico que chama de “mérito”, para a infração 03, diz que se não acolhidas as nulidades suscitadas, afirma que o AI é nulo porque não há elementos suficientes para determinar com segurança a infração repetindo que não teve ciência dos relatórios CFAMT e SINTEGRA contendo notas fiscais de compra que afirma não ter efetuado.

Fala que a multa é descabida, pois o valor informado na DME está correto, a base de cálculo da multa ou diferença apurada por comparativo com a DME é irreal e não há documento que comprove que adquiriu as mercadorias. Seguindo, como amostra, relaciona notas fiscais indicadas no relatório SINTEGRA que diz estarem escrituradas no livro Registro de Entradas, as quais devem ser excluídas das infrações 03 e 04.

Além da exclusão dos referidos valores da base de cálculo da imposição fiscal por ter sido provado o registro no livro RE, diz que também, “devem ser excluídos da base de cálculo do levantamento de ofício, todo o saldo remanescente considerando que, as referidas notas fiscais listadas no relatório fiscal/sintegra, com exceção das declaradas pelo contribuinte, não foram adquiridas pelo Autuado”. Requer a nulidade ou a improcedência destas infrações.

Sobre a infração 01, diz que o valor apurado de saldo credor de caixa é o reflexo do valor da apuração irreal de entradas de mercadorias através de informações captadas no SINTEGRA e CFAMT, bastando que se deduzam os referidos valores para constatar que o caixa da empresa apresenta saldo devedor.

Afirma que apresentou o seu livro CAIXA devidamente escriturado à fiscalização e não houve qualquer correção no mesmo, tendo sido feita inclusão de supostos valores advindos de fontes desconhecidas, sendo a infração improcedente e isto caracteriza cerceamento do direito de defesa.

Além disso, salienta que há dupla penalidade, já que, se aplicou a multa de 5% sobre os valores não informados na DME (infração 3) e foram utilizados os mesmos valores de R\$754.502,77 em 31.12.2005, R\$589.917,55 em 31.12.2006 e R\$242.407,86 em 30.06.2007, para “estourar” o caixa e calcular o ICMS no valor de R\$ 67.249,20, este, totalmente improcedente.

Afirma que tal procedimento é repudiado pelo ordenamento jurídico, representa um excesso de exação fiscal, já que incluiu valores desconhecidos na conta caixa de compras de mercadorias. Requer a comprovação das aquisições através de canhotos de entrega das notas fiscais informadas no SINTEGRA e captadas no CFAMT, para que, se confirme ou não a aquisição.

Argumenta ainda, que mesmo apresentadas as notas fiscais, teria que averiguar se as mercadorias foram pagas a vista ou a prazo e o devido reflexo no caixa. Requer nulidade ou a improcedência por falta de prova material de pagamento das referidas mercadorias.

Relativamente à infração 2 (falta de apresentação de documentos fiscais, quando regularmente intimado) diz que não assiste razão ao preposto fiscal considerando que, todos os documentos solicitados foram entregues no prazo determinado tanto em atendimento à primeira quanto à segunda intimação e se houve atraso na entrega foi por aquiescência do autuante de forma verbal e “sequer o preposto fiscal lista àqueles documentos que deixaram de ser entregues, portanto, a narração dos fatos é totalmente genérica”, contudo, não houve desatendimento ou embaraço à fiscalização, descabendo a exigência baseada nos artigos 142, IV e art. 934, § 1º do RICMS/BA.

Relativamente à infração 4 (omissão de saída de mercadorias apurada por meio de cartão de crédito), contesta não ter recebido os relatórios emitidos pelas empresas administradoras de cartão de crédito durante e nem depois do encerramento da fiscalização, o que cerceia o direito de defesa por não poder aferir o verdadeiro valor apurado. Requer a improcedência desta infração.

Transcreve o art. 3º do CTN, comenta os artigos 5º, II da CF e 97, V do CTN, acerca de tributos e cominação de penalidades estabelecidas por lei e que lançamentos procedidos com base em relatórios SINTEGRA e CFAMT são irregulares.

Argumenta que as multas com percentuais de 60% e 70% e a multa fixa de 5% são exorbitantes, além de ser suportada em base de cálculo equivocada (SINTEGRA/CFAMT). Transcreve texto de doutrinadores e cita decisões de Tribunais Superiores acerca de limites de multas por contrariar os princípios da razoabilidade e do não confisco. Requer aplicação de multa justa.

Alega ainda que a atualização do débito baseada na SELIC é inconstitucional e ilegal conforme decisão da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, no RESP n.º 215.881/PR (DJU 19/06/2000), visto que a mesma é utilizada para remuneração de títulos do Tesouro Nacional e deve ser afastada.

Ressalta também que parte das informações foi coletada em arquivos magnéticos que não constitui informações seguras, “uma vez que, não foram assinadas digitalmente, portanto, sem qualquer valor jurídico”.

Por fim, requer a realização de perícia no sentido de confirmar se lhe foram entregues ou não os relatórios do SINTEGRA/CFAMT e notas fiscais correspondentes, conforme questionários formulados à fl. 955. Requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 960/964. Faz síntese dos argumentos defensivos e passa a contestá-los.

Afirma que o autuado “recebeu os demonstrativos que serviram de base para a autuação, consoante recibo nos autos” e que há impedimento para lavratura do Auto de Infração no estabelecimento do contribuinte dado a ausência do sistema automatizado de lavratura só disponível na Inspeção Fazendária.

Quanto às alegações defensivas sobre as infrações 1 e 3, diz que não tem fundamento, visto que a legislação prevê que o ônus da prova cabe a quem alega e tendo juntado documentos do CFAMT e SINTEGRA, cabe ao contribuinte provar a não veracidade destes documentos nos termos do art. 143 do RPAF/BA. Afirma que os relatórios do CFAMT e do SINTEGRA são documentos que gozam de presunção de veracidade.

Ressalta que o SINTEGRA corresponde a declarações de terceiros contribuintes passadas por meio magnético, informando sobre suas movimentações e as operações que realizam com outros

contribuintes ou com consumidores e constitui um documento de natureza declaratória. Enfatiza que “o mesmo sistema informatizado que imprime as notas fiscais do fornecedor da autuada é o mesmo sistema que sumariza as informações das notas fiscais deste fornecedor e que gera o seu arquivo do SINTEGRA”, não devendo haver diferença entre a informação constante do arquivo SINTEGRA e a informação constante em cada nota fiscal.

Diz que ao não confirmar a operação do SINTEGRA significa dizer que não reconhece a operação constante em uma nota fiscal, não podendo deixar de considerar o princípio da boa fé, pelo qual os documentos emitidos com declarações de terceiro são prova documental para todos os efeitos de direito e fazem prova contra o contribuinte.

Afirma que o CFAMT é um documento de listagem das 3^{as} e/ou 4^{as} vias de notas fiscais capturadas pela fiscalização no trânsito e constitui um documento de prova de entradas omitidas, cabendo ao contribuinte fazer prova de sua falsidade, principalmente quando o fornecedor declara ter vendido mercadorias.

Argumenta que as cópias das notas fiscais representam elementos de prova adicional e não há necessidade para o fisco adicionar outras provas, “já que os fatos se encontram provados pelos documentos juntados”, neles identificados CNPJ e Inscrições Estaduais dos envolvidos nas operações.

Quanto à infração 1, afirma que se baseou nas “notas fiscais de entrada apresentadas pelo contribuinte e, não, em suposto Registro de Entradas, cuja escrituração o contribuinte não era obrigado a fazer”. Entende que não há dupla penalidade em cobrar-se a “multa de 5%” e o imposto por existência de saldo credor de caixa, por se tratar de hipóteses de incidência distintas.

Sobre a infração 2, afirma que “indicou precisamente os documentos que não foram entregues, pois eram exatamente os constantes nas sucessivas intimações que foram entregues e não atendidas” e jamais concordou com atrasos na entrega de documentos.

No tocante à infração 4, diz que “o contribuinte recebeu do fisco, conforme recibo, os relatórios das empresas administradoras de cartão de crédito”, ainda que constituam documentos que o contribuinte pode livremente obter das administradoras com as quais relaciona.

Finaliza afirmando que deixa de manifestar-se sobre aspectos gerais de direito tributário, alegado como desrespeitados, por escapar do escopo regulamentar. Requer a procedência da autuação.

Conforme fl. 968, a 4^a JJF converteu o processo em diligência à Inspeção Fazendária de origem para:

I - AUTUANTE:

1. Juntar ao processo (a) vias das notas fiscais coletadas no sistema CFAMT e (b) cópias de notas fiscais consignadas no relatório SINTEGRA, junto com outros elementos de prova, a exemplo de canhoto de recebimento, comprovante de pagamento, etc.
2. Refazer os demonstrativos originais das infrações 1 e 3, considerando as notas fiscais do CFAMT e SINTEGRA que forem juntadas ao processo. **Fazer exclusão dos valores relativos a notas fiscais não juntadas ao processo.**

II – INSPETORIA FAZENDÁRIA:

- a) Após estas providências, fazer entrega ao autuado das cópias dos demonstrativos refeitos, bem como de cópias de novas notas fiscais que porventura venham a ser juntadas ao processo, **mediante recibo a ser juntado aos autos.**
- b) Reabrir o prazo de defesa de **30 (trinta) dias** para se manifestar, caso queira.

Caso o autuado se manifeste no prazo concedido, encaminhar o processo para o autuante produzir nova informação fiscal.

Às fls. 976-977, em cumprimento da diligência o autuante informa que tendo feito circularização junto aos fornecedores sobre as notas fiscais capturadas não escrituradas nos livros Registro de

Entradas de Mercadorias e Caixa, conforme novos demonstrativos que apensa ajusta o lançamento da seguinte forma:

Infração 01

Conforme demonstrativos de fls. 978-982 (2005), 978-993 (2006) e 1000-1003 (2007), ajustou o valor devido de R\$ 67.249,20 para R\$ 22.160,11.

Infração 03

Conforme demonstrativos de fls. 983-988 (2005), 994-999 (2006) e 1000-1003 (2007), ajustou o valor devido de R\$ 79.341,41 para R\$ 25.842,62.

Intimado para ciência do resultado da diligência na forma solicitada (fl. 1.666), o contribuinte não se manifestou.

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da autuação alegando: a) imprecisão da autuação; b) cerceamento ao direito de defesa, tendo em vista que o lançamento de ofício tem por base dados extraídos de relatórios CFAMT e SINTEGRA que apenas lhe foram entregues em data posterior à sua ciência no AI; c) falta de apresentação das notas fiscais listadas nos referidos relatórios; d) falta de concessão de oportunidade para verificar se adquiriu as mercadorias acobertadas pelos documentos fiscais; e) falta de prova da materialidade das acusações; f) lavratura do auto fora do seu estabelecimento; g) ausência de lei para as sanções aplicadas.

Não acolho a nulidade suscitada pelas seguintes razões:

A uma, porque o procedimento fiscal atende as normas regulamentares, em especial quanto ao cumprimento dos requisitos dispostos nos artigos 15, 16, 19, 22, 26, 28, 38, 39, 41, 42, 44, 45 e 46, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal da Bahia - RPAF/99. As infrações estão claramente descritas, foram corretamente tipificadas e têm suporte nos demonstrativos e documentos fiscais contidos nos autos, cujas cópias foram entregues ao contribuinte (recibo de fl. 09). As notas fiscais relacionadas no demonstrativo SINTEGRA de fls. 148-314 e 339-350 que inicialmente não constavam dos autos e que o contribuinte não reconhece como suas, atendendo ao pleito do impugnante, foram objeto da diligência de fl. 968 e as notas fiscais que constam escrituradas nos seus livros foram excluídas do lançamento. As demais, objeto da autuação, foram trazidas aos autos com comprovante de entrega de cópias ao contribuinte, com reabertura para o prazo de defesa (fl. 1.666), saneando-se o vício alegado na forma prevista no §1º do art. 18 do RPAF.

A duas, porque até antes da lavratura do AI, o procedimento fiscal se rege pelo princípio inquisitório movido unilateralmente pelo fisco via investigação fiscal que não requisita, necessariamente, a participação do sujeito passivo, sem que, contudo, isso implique em prejuízo de sua colaboração no curso da ação fiscal quando requisitado pela autoridade fiscal no uso e limite de seus legais poderes, em face do cumprimento das obrigações fiscais principais ou acessórias previstas na legislação.

A três, porque o § 1º do art. 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal prevê que o Auto de Infração será lavrado no estabelecimento do infrator, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração, bem como o art. 19 do mesmo regulamento também prevê que a indicação de dispositivo regulamentar equivale à menção do dispositivo de lei que lhe seja correspondente, não implicando nulidade o erro da indicação, desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o enquadramento legal.

A quatro, porque, conforme oportunamente delas tratarei na apreciação de mérito, a materialidade das acusações está nítida e detalhadamente exposta nos autos.

Ressaltando que as multas propostas são as previstas na legislação para as infrações, conforme indicadas no lançamento, bem como também está a permissão de uso da Taxa SELIC para atualização do cálculo dos acréscimos moratórios, com fundamento no art. 125 do COTEB e 167 do RPAF, deixo de apreciar a arguição de inconstitucionalidade das disposições legais a elas relacionadas.

Não tem pertinência o questionamento sobre o uso de informações contidas em arquivos magnéticos, pois estes estão legalmente previstos na legislação tributária (RICMS-BA: art. 708-A e §4), inclusive, em convênios entre as Unidades federativas.

Portanto, considerando que as infrações estão determinadas com segurança, bem como identificado o infrator e que o contribuinte exerceu o direito à ampla defesa e contraditório demonstrando pleno conhecimento dos fatos arrolados no auto de infração, rejeito a nulidade suscitada.

O pedido de diligência foi atendido, os autos estão saneados e não vislumbro obscuridades, omissões ou lacunas que ensejem a necessidade de outro esclarecimento técnico, inclusive perícia, cujo pedido indefiro com fundamento no art. 147, II, do RPAF, uma vez que a prova dos fatos não depende de conhecimento especial de técnico, além de ser desnecessária em vista das provas contidas nos autos.

Compulsando os autos, vejo que a infração 01 inicialmente consta demonstrada na planilha Auditoria da Conta Caixa de fls. 12 a 121, onde foram computados os recebimentos e pagamentos constantes da escrituração da empresa (livro Caixa), incluindo-se os valores das notas fiscais relacionadas no demonstrativo SINTEGRA de fls. 148-314 e 339 a 350 e outras obtidas no CFAMT, concedendo-se o crédito presumido de 8% até junho 2007 por ser o contribuinte Empresa de Pequeno Porte (fl. 10).

De fato, como protestou o impugnante na Defesa, até aquela ocasião, as notas fiscais incluídas na auditoria e cujos pagamentos não estão registrados nos livros próprios da empresa, não constavam dos autos nem suas cópias haviam sido entregues ao autuado, o que, até então, se constituía vício do lançamento, embora com possibilidade de ser sanado nos termos do § 1º do art. 18 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF.

Tendo em vista que o levantamento inicial fora feito com base em relatório de notas fiscais informadas por terceiros via SINTEGRA e obtidas no CFAMT, atendendo ao pleito do impugnante, o PAF foi baixado em diligência para juntada dos documentos fiscais e entrega de cópia ao contribuinte. O autuante, por circularização, solicitou documentos contidos no relatório SINTEGRA aos emitentes e vias capturadas no CFAMT aportando ao PAF 656 notas fiscais de mercadorias destinadas ao autuado. Ajustou a auditoria da conta “Caixa” excluindo os documentos fiscais não obtidos junto aos emitentes e os registrados na escrita do sujeito passivo, conforme demonstrativos de fls. 978-982 (2005), 978-993 (2006) e 1000-1003 (2007), corretamente agindo por considerar pagamento à vista das aquisições, uma vez que as notas fiscais não trazem indicação de faturas, a despeito de muitos dos documentos terem campo para tanto (fls. 1008-1664).

Diante disso e com reabertura do prazo de 30 (trinta) dias para defesa, sanou-se o vício do lançamento no seu curso processual, sem qualquer prejuízo ao direito de ampla defesa do contribuinte autuado.

Na inicial de defesa, o autuado pediu a improcedência da infração arguindo a impossibilidade da presunção evidenciada em relação do SINTEGRA e notas fiscais captadas no CFAMT negando a compra das mercadorias e quando lhe foram apresentadas as cópias dos documentos que restaram sustentando a exigência tributária ajustada, apenas cientificou o recebimento e não mais se manifestou nos autos.

Analisemos o caso.

A despeito da negativa das compras insinuar um grave ilícito, sem comprovar as pertinentes providências de proteção ou corretivas - a exemplo de notícia crime, ações judiciais ou denúncias aos órgãos públicos competentes, pois que, com repercussões penais, além de si, envolve

concorrentes que não identifica e os emitentes das notas fiscais, os quais, provavelmente, não se olvidam de cumprir a obrigação acessória contida no art. 142, I do RICMS, qual seja, “exigir de outro contribuinte, nas operações que com ele realizar, a exibição do extrato do Documento de Identificação Eletrônico (DIE)” para certificar-se do efetivo comprador -, não detecto nexo de verdade no simplório argumento defensivo que se limita a negar a aquisição das mercadorias, por algumas razões factuais e lógicas.

Primeiro, porque há mesmos emitentes de notas fiscais fornecidas por terceiros via SINTEGRA e obtidas no CFAMT, a exemplo de: Distribuidora de Produtos Alimentícios São Roque Ltda IE 53.234.111-NO (fl. 1569), Fran Frios Com. Rep. Dist. e Cargas Ltda IE 030.531.215-NO (fl. 1590), ARCOM S.A., IE 63.484.332-NO (fl. 1591), Caiubi Indústria de Alimentos S.A., IE 2776.245573.0079 (fl. 1610) e União – Comércio Importação e Exportação Ltda, IE 57.987.879-NO, que constam como emitentes de notas fiscais no relatório SINTEGRA de fls. 148-314 e 339-350.

Segundo, porque as notas fiscais, capturadas pelo sistema do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), provam que as mercadorias nelas especificadas circularam no território baiano.

Terceiro, porque embora o impugnante expresse inclusão de valores que diz advindos de fontes desconhecidas, as provas autuadas derrubam sua afirmativa e lhe contradizem, uma vez que ele relacionou notas fiscais que normalmente escriturou e que foram objeto da exigência fiscal original, emitidas por seus mesmos habituais fornecedores que, por sinal, são os emitentes da maioria das notas fiscais que restaram no lançamento tributário ajustado, a exemplo de: Distribuidora de Alimentos São Roque IE 53.234.111-NO (299 NF's), Sadile – Distribuidora de Alimentos IE 30.394.948-NO (140 NF's), Líder Distribuidora IE 52.692.501-NO (185 NF's), como se pode observar no confronto entre os demonstrativos da infração e notas fiscais que restaram sustentando a autuação.

Quarto, porque em diversas notas fiscais há identificação de pedido, data do recebimento e de quitação.

Eclodem dos autos, portanto, substanciais e flagrantes provas da materialidade da infração. Provas físicas, documentais, razão pela qual dou por superada, a alegação da falta de prova das compras pelo autuado.

Considerando que: a) a Auditoria de Caixa, cujos demonstrativos ajustados estão às fls. 978/982 (2005), 989/993 (2006), 1000/1003 (2007) levou em consideração o saldo inicial do caixa, os recebimentos, pagamentos, conforme escriturados no livro Caixa da empresa; b) os pagamentos que foram omitidos relativos às notas fiscais incluídas, cuja informação foi obtida no SINTEGRA e confirmada pelo CFAMT, foram corretamente computados como previstos nos documentos fiscais; c) aplicou-se, no caso, a proporcionalidade prevista na IN 87/96, computando-se apenas as mercadorias tributáveis; d) para as ocorrências até junho 2007, do ICMS apurado foi abatido o crédito de 8%, conforme previsto no art. 408-S do RICMS/97, por tratar-se de empresa inscrita no SimBahia, o que denota o acerto do procedimento realizado; e) o saldo credor na conta “caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, também não contabilizadas, estando a irregularidade apurada embasada no art. 4º, §4º, I, da Lei 7.014/96, constato a ocorrência de operações tributáveis sem pagamento do imposto, uma vez que, tendo oportunidade, o autuado não elidiu *in totum* a presunção.

Assim, tratando-se de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento; caso existissem, os documentos necessariamente estariam de posse do contribuinte e ele poderia tê-los trazido aos autos para provar a inexistência do saldo credor de caixa e tendo em vista que o art. 123 do RPAF/99 expressa que a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas

alegações, e que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal (art. 143 do RPAF/99), vejo subsistente o lançamento do crédito tributário, pelo que acolho devidos os valores de ICMS decorrentes do ajuste efetuado na infração 01, conforme indicados às fls. 978 (2005), 989 (2006) e 1000 (2007), passando o valor original de R\$ 67.249,20 para R\$ 22.160,16, ajustando-se a periodicidade de apuração do imposto com o seguinte demonstrativo de débito:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO					
Data Ocorr	Data vencto	Base Cálculo	Alíq. %	Multa %	ICMS devido
Infração 01					
31/01/2005	09/02/2005	4.607,24	17	70	783,23
28/02/2005	09/03/2005	4.764,24	17	70	809,92
31/03/2005	09/04/2005	4.080,06	17	70	693,61
30/04/2005	09/05/2005	3.816,00	17	70	648,72
31/05/2005	09/06/2005	6.848,94	17	70	1.164,32
30/06/2005	09/07/2005	4.591,18	17	70	780,50
31/07/2005	09/08/2005	4.099,65	17	70	696,94
31/08/2005	09/09/2005	3.565,94	17	70	606,21
30/09/2005	09/10/2005	3.412,29	17	70	580,09
31/10/2005	09/11/2005	5.111,82	17	70	869,01
30/11/2005	09/12/2005	3.981,65	17	70	676,88
31/12/2005	09/01/2006	2.849,35	17	70	484,39
31/01/2006	09/02/2006	3.062,71	17	70	520,66
28/02/2006	09/03/2006	5.238,00	17	70	890,46
31/03/2006	09/04/2006	3.959,71	17	70	673,15
30/04/2006	09/05/2006	4.325,76	17	70	735,38
31/05/2006	09/06/2006	5.192,12	17	70	882,66
30/06/2006	09/07/2006	5.247,94	17	70	892,15
31/07/2006	09/08/2006	4.302,18	17	70	731,37
31/08/2006	09/09/2006	2.951,06	17	70	501,68
30/09/2006	09/10/2006	3.600,06	17	70	612,01
31/10/2006	09/11/2006	3.811,18	17	70	647,90
30/11/2006	09/12/2006	2.944,41	17	70	500,55
31/12/2006	09/01/2007	7.662,47	17	70	1.302,62
31/01/2007	09/02/2007	4.956,65	17	70	842,63
28/02/2007	09/03/2007	2.577,53	17	70	438,18
31/03/2007	09/04/2007	2.332,12	17	70	396,46
30/04/2007	09/05/2007	1.459,35	17	70	248,09
31/05/2007	09/06/2007	2.656,41	17	70	451,59
30/06/2007	09/07/2007	12.345,88	17	70	2.098,80
Total da infração					22.160,16

Ressalto que, neste caso, não há dupla penalidade, haja vista que por essa infração se exige imposto relativo às saídas de mercadorias tributáveis omitidas apuradas através de saldo credor de caixa utilizando-se no levantamento fiscal os pagamentos efetuados pelo defendente, tendo sido aplicada a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 56/2007, enquanto que na infração 03 se aplica a penalidade pelo descumprimento da obrigação acessória referente à omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais.

Aplica-se, portanto, nesse caso, a cumulatividade penal prevista no §4º do art. 42, da Lei 7.014/96, uma vez que a multa pelo descumprimento da obrigação acessória é absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal quando seja uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória, não sendo este o caso, uma vez que a obrigação principal exigida nessa infração, repito, é concernente às saídas omitidas e não à falta de registro das notas que é o objeto da infração 03.

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 saldo credor de caixa, 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 e foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal presumido, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei nº 7.357/98.

Infração procedente em parte.

Para a infração 2 (falta de apresentação de documentos fiscais, quando regularmente intimado) o impugnante alegou improcedência tendo em vista a entrega de todos os documentos solicitados no prazo. Entretanto as intimações de fls. 05, 06 e 07 que requisitam os documentos para apresentação no prazo regulamentar de 48 horas foram recebidas pelo contribuinte em 07, 13 e 19/10/2010, respectivamente, e os documentos somente foram entregues para o trabalho fiscal em 14/01/2011, conforme protocolo de fl. 08. Portanto, correta a penalidade prevista no art. 42, XX, da Lei nº 7.014/96.

Infração procedente.

A infração 03 trata da exigência de multa em decorrência da omissão do registro de entrada de mercadorias no estabelecimento, por meio das Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME). Portanto, de acordo com a acusação fiscal, o autuado adquiriu mercadorias no exercício de 2005 a 2007 e deixou de informar essas aquisições na DME de cada exercício, conforme demonstrativo original (fl. 11), sendo exigida a multa de 5% do valor das mercadorias, totalizando R\$79.341,41.

Em relação às aquisições de mercadorias, a legislação vigente à época estabelecia a obrigatoriedade de informar na DME os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, constituindo-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência (art. 355, § 2º do RICMS/97 – vigente até 30/06/2007).

Na impugnação, o autuado alegou: a) para prosperar a acusação fiscal era imprescindível que lhe fosse fornecido os documentos fiscais que deram suporte à autuação, acompanhados dos canhotos, já que havia informado todos os valores das notas fiscais de entradas nas DME's que apresentou ao fisco; b) haver imprecisão na autuação uma vez que parte das notas fiscais objeto da penalidade foi lançada nos seus livros fiscais, conforme relação que elaborou; c) desconhecimento das demais notas fiscais autuadas.

Como já vimos na apreciação da infração 01, o vício apontado foi devidamente saneado. Efetuou-se ajuste no valor da penalidade proposta, restando exigido os valores de R\$ 10.013,19 (2005 – fls. 983-988), R\$ 10.594,62 (2006 – 994-999) e R\$ 5.234,81 (2007 – 1004-1007), concernente à omissão de informações relativas às notas fiscais de fls. 1008 a 1664 nas DME's do período autuado, cujas cópias foram recebidas pelo autuado (fl. 1666) e reaberto o prazo de defesa que, decorrido, o autuado não se manifestou.

Pois bem, considerando que: a) o autuado foi atendido no pleito de entrega de cópia das notas fiscais; b) as notas fiscais escrituradas e constantes da penalidade original foram excluídas, empresto a esta infração a apreciação quanto ao desconhecimento das notas fiscais feita para a

infração 01 e conluo, também, pela subsistência parcial desta infração, nos valores indicados nos demonstrativos refeitos às fls. 983, 994 e 1004 do PAF, por força da diligência fiscal deferida, com o que os valores originalmente exigidos passam: de R\$ 37.725,14 para R\$ 10.013,19 (2005), R\$ 29.495,88 para R\$ 10.594,62 (2006) e R\$ 12.120,39 para R\$ 5.234,81 (2007), totalizando **R\$25.842,62**.

Infração procedente em parte.

A infração 04 exige ICMS por omissão de saída de mercadoria tributável apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou débito em valor inferior ao informado pelas Administradoras dos cartões. Está evidenciada nas planilhas de fls. 134-142, e o autuante a apurou com base nos valores informados pelas administradoras ao fisco estadual (Relatório TEF-diário fls. 143-146.). Aplicou alíquota de 17% e concedeu o crédito presumido de 8%.

Embora não havendo, também, protesto quanto ao mérito desta infração já que o impugnante se limitou a pleitear sua nulidade com a alegação de cerceamento ao seu direito de defesa por falta de recebimento dos relatórios emitidos pelas Administradoras, e o recibo de fl. 09 mencionando entrega de todos os documentos relativos a essa infração (inclusive Relatórios TEF diário e anual), detone a alegação defensiva, tratando-se, também, de exigência tributária por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis ocorridas no mesmo período da infração 01, entendendo ser esta infração improcedente em face de o imposto relativo ao recurso obtido por esta omissão já ter sido exigido naquela infração, uma vez que integrou o recurso utilizado para pagamento dos compromissos apurados no saldo credor da conta Caixa.

Infração improcedente.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0056/10-9**, lavrado contra **JOILSON SANTOS FRAGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 22.160,16**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multas no valor de **R\$27.222,62**, previstas nos incisos XX e XII-A do artigo e Lei citados e dos acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea "a", do RPAF/99, aprovado Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de agosto de 2012.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA