

A. I. N° - 02541198/96
AUTUADO - CASA EDSON JÓIAS COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO BATLOUNI MENDRONI
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 10. 05. 2002

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0155-04/02

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. MULTA. a) FALTA DE APRESENTAÇÃO. É cabível apenas a multa de 2UPFs-BA., em face da retroatividade benéfica da lei, uma vez que a autuação foi com base na primeira intimação expedida e não atendida. b) EXTRAVIO. Infração comprovada. 2. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAIDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Constatando-se, num mesmo exercício, diferenças tanto de entradas como de saídas através de levantamento quantitativo, deve ser exigido o imposto tomando-se por base a diferença de maior expressão monetária. Efetuada a correção no cálculo do imposto. 3. DOCUMENTOS FISCAIS. RASURAS EM NOTAS FISCAIS DE SAÍDAS. MULTA. Retificado o valor da multa aplicada. Infração caracterizada. 4. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. O autuante embora tenha discriminado no Termo de Encerramento de Fiscalização a infração apurada, não consignou no corpo do Auto de Infração a referida irregularidade, implicando, com tal procedimento, em cerceamento do direito de defesa do contribuinte. É nula a exigência fiscal quando decorrente de ato praticado com preterição do direito de defesa, a teor do art. 18, II, do RPAF/99. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/07/96, exige ICMS no valor de R\$14.560,30, além da multa fixa de 5% no valor de R\$53,06, bem como de multa formal equivalente a 134 UPFs-BA., em razão das seguintes irregularidades:

1. falta de apresentação do Livro Diário, de dois talonários de notas fiscais e da documentação do exercício de 1996, pelo que foi cobrada a multa de 30 UPFs-BA.
2. falta de recolhimento do imposto relativo às operações de entradas e de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de

mercadoria em exercício fechado, com imposto exigido no montante de R\$11.396,58, além de ter sido cobrada a multa fixa de 5% no valor de R\$53,06;

3. rasuras em 104 notas fiscais de saídas pelo que foi aplicada a multa de 104 UPFs-BA;

4. foram levantados os valores do livro caixa extra-contábil relativo à parte do exercício de 1996, tendo sido apuradas diferenças entre os valores consignados no referido livro e os constantes nos documentos fiscais, pelo que foi cobrado ICMS no valor de R\$4.200,76.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 275 e 276 dos autos alega cerceamento do seu direito de defesa com os seguintes argumentos:

1. que recebeu o Auto de Infração qualificado no preâmbulo, pelo AR datado de 16/08/96 (Doc. 1);
2. que o autuante não juntou os demonstrativos e papéis de trabalho para que pudesse proceder ao seu levantamento e justificar a sua defesa;
3. que ficou com o direito de defesa cerceado, já que não foram liberadas pastas, documentos fiscais, notas fiscais, demonstrativos de levantamento quantitativo dos exercícios fiscalizados (1994 e 1995), ferindo frontalmente o art. 37, do Decreto nº 28596/81.

Requer, ao final, que o Douto Conselho de Fazenda mande devolver toda a documentação que se encontra retida por ordem do autuante, na Inspetoria Fiscal de Paulo Afonso, com recibo de entrega, para que possa analisar, verificar, levantar quantitativo, demonstrar e encaminhar sua defesa e alegações, reabrindo-se o prazo para nova impugnação.

O autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 282 a 284 dos autos assim se manifestou:

1. que todas as pastas e livros fiscais foram devolvidos a empresa conforme comprova o Termo de Arrecadação com declaração da devolução assinado e datado de 15/08/96;
2. que o livro caixa extra-contábil também foi devolvido a empresa na mesma ocasião e sob as mesmas condições, conforme Termo de Apreensão já anexado ao PAF e com Termo de Liberação assinado no verso, por sinal pela mesma funcionária que assinou a apreensão, o qual também encontra-se anexo;
3. que os talonários fiscais foram apreendidos e, após o levantamento fiscal, passaram a integrar o presente PAF como prova do ilícito. Frisa que o contribuinte teve acesso a todos os documentos na Repartição Fazendária, podendo mesmo retirá-los como depositário, se assim desejasse. Quanto à alegação do autuado de que a falta de entrega dos papéis de trabalho impediu a sua contestação, sugere que seja aberto novo prazo de defesa para o contribuinte.

O autuado foi intimado à fl. 288 dos autos pela INFAZ-Paulo Afonso, para efetuar o pagamento do débito apurado no presente Auto de Infração ou apresentar defesa, tendo formulado às fls. 289 a 294 a sua impugnação com os seguintes argumentos:

- a) tópico 1.2 - Fez um relato do ocorrido quanto à diligência da Receita Federal e da ausência de talonário de nota fiscal em seu estabelecimento e diz que não apresentou o Livro Diário ao autuante; porque não tem escrita contábil, pois é optante do lucro presumido, portanto dispensado de fazer a escrituração mercantil, não estando enquadrado no art. 934, § 1º, tampouco infringiu o art. 915, XII, que não tem nenhuma ligação com o Livro Diário;
- b) tópico 3 – que a empresa não sabia que o autuante era analista de empresa e com a sua capacidade chegou até inventar índice de liquidez, com espírito desalmado, demonstrando a situação negativa, que compromete até o sistema patrimonial, só não concluído dizendo que o mesmo estava quebrado, tendo optado por um levantamento prolixo, confuso, irreal e inoportuno;
- c) tópico 4 - que apresentou documentos fiscais série D-1, entretanto, o autuante desprezou 440 notas, dizendo que havia fraudes, rasuras, inidoneidade, irregularidade que tornaram imprestáveis os talões, chegando até a excluir parcialmente como está evidente no Termo de Encerramento de

Fiscalização (Doc. 5). Aduz que todos os talões estavam em ordem cronológica e não tem rasuras, fraudes e inidoneidade, razão pela qual não concorda com o levantamento, porque não existe diferença de estoque, cujos talões estão lançados no registro de saídas e informados os créditos e débitos fiscais do ICMS;

d) tópico 5 - não há como entender que o autuante ao proceder o levantamento quantitativo do ano de 1994, depois de constatar rasuras, fraudes, não emissão de talão de notas fiscais, talões de levantamento parcial e outras irregularidades em 440 notas fiscais, o que certamente dificultaria qualquer contagem física de estoques de mercadorias, haver fechado as entradas e saídas da empresa;

e) tópico 6 - diz que o autuante no levantamento quantitativo de 1995, não retirou das quantidades levantadas nas entradas e saídas, o que tinha sido constatado no ano de 1994, razão pela qual não encontrou nas planilhas elaboradas pela empresa irregularidade no montante estimado pelo preposto fiscal.

Ao finalizar, sustenta que, estribada na legislação fiscal, entende não caber o Auto de Infração, por não ter tipificado os atos e fatos, pelo que pede ao CONSEF seja feita uma revisão na escrita fiscal, nos documentos, papéis e no crédito fiscal, pois não foram estornados os débitos quando da exclusão das 440 notas fiscais de venda a consumidor.

O autuante em nova informação fiscal à fl. 300 dos autos assim se pronunciou:

1. que o Decreto nº 2460/89, foi utilizado para examinar os fatos geradores anteriores a vigência do Decreto nº 5444/96;
2. que no tópico 1, o contribuinte afirma que o Auditor Fiscal da Receita Federal não encontrou sonegação ou fraude, quando em verdade o mesmo entregou o livro a SEFAZ para o presente trabalho;
3. que no tópico 1. 2 o contribuinte atribui a responsabilidade por estar sem talonário à autoridade fazendária, cuja afirmativa não se fundamenta em nenhuma norma legal ou dispositivo regulamentar;
4. que o contribuinte reclamou veementemente do tratamento dado às notas fiscais consideradas fraudadas, no entanto, não apresentou levantamento próprio, limitando-se a pedir diligência, pedido cuja natureza tem sido normalmente aceita pela Secretaria da Fazenda, com apoio da Procuradoria Fazendária. Frisa que pelo fato de estarem os talonários anexados ao processo, praticamente todos os exames que se acharem necessários podem ser realizados em Salvador;
5. que o contribuinte na se manifestou sobre as multas formais e sobre o levantamento das vendas de 1996 baseadas no caixa extra-contábil apreendido, pelo que entende que houve concordância tácita do autuado ou falta de interesse, cujos itens não devem sujeitar-se a nova diligência.

Ao concluir, reafirma que nenhuma falha material ou formal foi realmente apontada pelo contribuinte no presente trabalho.

Ao analisar o presente PAF na condição de Relator, através de despacho à fl. 310, converti o mesmo em diligência a INFAZ-Paulo Afonso, para que fosse intimado o contribuinte a juntar os levantamentos analíticos das entradas e saídas, sob pena de inviabilizar o pedido de revisão solicitado, o qual não foi cumprido em razão da empresa encontrar-se com a sua inscrição estadual cancelada conforme documento à fl. 312.

Ao retornar o presente PAF a este Relator, face o não cumprimento da diligência, encaminhei o mesmo a ASTEC, para que empreendesse esforço no sentido de localizar o contribuinte ou o contador responsável, objetivando ter acesso aos livros e documentos, tendo o Auditor Fiscal

designado através do Parecer de fls. 314 e 315 dos autos, emitido o seu posicionamento sobre a autuação.

Face o resultado da diligência da ASTEC, o CONSEF em despacho à fl.322V, encaminhou o PAF a INFAZ-Paulo Afonso para dar ciência ao autuante e ao autuado. Por não está o autuante mais em exercício na Inspetoria, foi designado outro Auditor, que em pronunciamento à fl.323, concordou com a conclusão da diligência da ASTEC. Quanto ao autuado, a INFAZ-Paulo Afonso notificou o mesmo através do Edital nº 001/02 à fl. 324, no entanto, não se pronunciou a respeito.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada, em que o autuado alega cerceamento do seu direito de defesa, haja vista que foi reaberto o prazo para uma nova impugnação, face à devolução dos livros e documentos ao contribuinte que, em nova intervenção às fls. 289 a 294 o exercitou em sua plenitude.

Adentrando no mérito da autuação e após a análise dos elementos que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - foi aplicada a multa formal de 30 UPFs-BA., em razão de:

- a) 20 UPFs-BA., sendo 10 pela falta de apresentação do Livro Diário e 10 por não ter exibido livros fiscais. O RICMS/96, vigente à época da autuação, previa a penalidade de 10 UPFs-BA., aos estabelecimentos que deixassem de apresentar livros e documentos. Com a edição da Lei nº 7014/96, para este tipo de infração, foi estabelecida gradação progressiva, fixando em 2UPFs-BA. a multa ser aplicada, quando do não atendimento pelo contribuinte da primeira intimação, situação que se enquadra à autuação. Desse modo, a multa aplicada deve ser reduzida para 2 UPFs-BA., face à retroatividade benéfica da lei, consoante dispõe o art. 106, do Código Tributário Nacional.;
- b) 10 UPFs-BA., pela falta de apresentação de dois talonários de Notas Fiscais de saídas de nºs 22351 a 22450, por ter sido os mesmos extraviados. O autuado em sua defesa não se manifestou, o que implica, em meu entendimento, no reconhecimento tácito da infração,devendo, por isso mesmo, ser mantida a autuação.

Infrações 2 e 3 - referem-se à falta de recolhimento do imposto, além da multa fixa de 5%, em razão de omissão de entradas e de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo e por espécie. Sobre a defesa formulada, razão não assiste ao autuado, uma vez que se limitou alegar equívoco do autuante e a solicitar diligência por fiscal estranho ao feito sem, no entanto, anexar qualquer levantamento de sua autoria para contrapor aos elaborados pelo autuante.

Ressalto que, apesar do autuado não haver anexado nenhum levantamento, este Relator, para melhor avaliação do procedimento fiscal, converteu o PAF em diligência a ASTEC, no sentido de refazer a Auditoria de Estoque, para incluir as notas fiscais não consideradas pelo autuante, tendo o Auditor Fiscal designado concluído às fls. 314 e 315, com o qual concordo, ser devido o imposto no valor de R\$9.362,00, correspondente a uma base de cálculo de R\$52.321,78.

Com base na explanação acima, entendo parcialmente correta a exigência fiscal no importe de R\$9.362,00, conforme demonstrativo à fl. 315, já que as diferenças nas quantidades de saídas, apuradas mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadorias, se constitui em comprovação suficiente da realização de operações sem a emissão da documentação fiscal correspondente, implicando, com tal procedimento, na falta de recolhimento do imposto.

Infração 4 - Originou-se de rasuras em notas fiscais de saídas, pelo que foi aplicada a multa de 104 UPFs-BA. O autuado em sua defesa não opôs objeções, o que, em meu entendimento, implica no reconhecimento tácito da infração.

Entretanto, a multa deve ser aplicada pelo cometimento da infração e não por cada documento rasurado, razão pela qual mantenho parcialmente infração equivalente a 1 UPF-BA.

Infração 5 - diz respeito a diferenças apuradas entre o suprimento real do caixa e as saídas lançadas em documentos fiscais, com ICMS exigido de R\$4.200,76. Observei que o autuante, embora tenha indicado as parcelas devidas a título de ICMS pelo autuado mensalmente no corpo do Auto de Infração, não consignou no campo destinado à descrição dos fatos a referida infração. Embora o autuado não tenha de manifestado em sua impugnação contra a exigência fiscal, tal fato, em meu entendimento, implicou em ‘cerceamento do direito de defesa do contribuinte, restando caracterizado que não tomou conhecimento da acusação que lhe foi imputada. Desse modo, considero nula a exigência fiscal, com fulcro no art. 18, II, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração na importância de R\$9.362,00, além da multa de 13 UPFs-BA.

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 **02541198/96**, lavrado contra **CASA EDSON JÓIAS COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.362,00**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 61, IV, “a”, da Lei nº 4825/89, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **13 UPFs-BA.**, prevista nos incisos XIX, e XXI do art. 61, da Lei nº 4.825/89 e XX, “a”, do art. 42, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2002.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR

ANSELMO LEITE BRUM - JULGADOR