

PROCESSO - A. I. Nº 274068.0013/02-9
RECORRENTE - SAGG COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0398-02/02
ORIGEM - INFAZ CAMAÇARI
DOE - 10.04.03

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0026-12/03

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O saldo credor de caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto, anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Mantida a decisão recorrida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. EXTRAVIO. MULTA. Infração comprovada. Apesar do equívoco constante na indicação da multa, não é possível, em procedimento fiscal já encerrado, alterar para mais o valor da multa aplicada. De maneira que, de ofício, fica alterada a majoração da multa levada a efeito no julgamento da 1ª Instância, retornando-a ao valor original constante na autuação. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Refere-se a Recurso Voluntário apresentado pelo sujeito passivo em relação a Decisão oriunda da 3ª Junta de Julgamento Fiscal que, por intermédio do Acórdão nº 0398-02/02, decidiu pela Procedência do Auto de Infração em referência.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir o pagamento do imposto na quantia de R\$6.878,40 mais multa fixa no valor de R\$280,00 em razão de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor da Conta “Caixa”.
2. Extravio de notas fiscais, totalizando 700 documentos, sendo aplicada a multa de R\$280,00.

A 2ª JJF decidiu a lide com fundamento no seguinte Voto:

“Analisando a preliminar de nulidade apresentada pela defesa, sob a alegação de que inexistia uma perfeita descrição dos fatos considerados como descumprimento de obrigação tributária e que o demonstrativo de débito também é lacônico, utiliza base de cálculo sem definição de origem e das parcelas que o compõe, não se identificando quais os elementos utilizados para firmar a convicção do autuante, observo que a descrição dos fatos foi efetuada de forma clara, ficando evidente o enquadramento legal e a irregularidade apurada. Ademais, da leitura da

peça defensiva, constata-se que o contribuinte entendeu perfeitamente a natureza da infração que lhe foi imputada bem como a base de cálculo do imposto apurado.

Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade requerida nas razões de defesa, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99 para decretar nulidade do Auto de Infração.

Quanto ao mérito, observo que a autuante constatou na primeira infração, omissão de saídas de mercadorias tributáveis em decorrência de pagamentos sem o necessário numerário em caixa, apurado no período de julho de 1999 a dezembro de 2000, época em que o autuado se encontrava sob o regime normal de apuração do imposto.

Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente aos débitos e créditos, verificação das efetivas datas de pagamentos e recebimentos em confronto com os registros efetuados, observando a ordem cronológica. Os demonstrativos devem constar os saldos iniciais e finais, bem como os recebimentos e pagamentos contabilizados. Ao final, deve-se examinar o comportamento dos saldos da conta “caixa” do período em referência.

Elaborados os demonstrativos de fls. 07 a 13, com a verificação quanto ao movimento de numerários correspondentes aos débitos e créditos, entretanto, não foram acostados aos autos pela defesa, quaisquer elementos para elidir a acusação fiscal, e não houve comprovação quanto a origem dos recursos correspondentes às diferenças encontradas. Por isso, a legislação autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, considerando que foi constatado saldo de caixa de origem não comprovada (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96).

No caso em exame, se trata de fato vinculado à escrituração comercial e fiscal do estabelecimento, e os documentos estão de posse do requerente, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada aos autos, e, de acordo com o art. 123 do RPAF/99, a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações, e 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).

A exigência do imposto está respaldada em levantamento fiscal efetuado regularmente, estando a irregularidade apontada nos autos devidamente caracterizada e comprovada, por isso, é subsistente a infração apurada haja vista que o saldo credor de caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto, anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O segundo item do Auto de Infração trata de aplicação de multa por extravio de NFME, 200 documentos e NFVC, 500 documentos, totalizando 700 documentos, sendo aplicada a multa de R\$280,00.

A obrigação pela guarda dos livros fiscais, está prevista no art. 144 do RICMS/97, estabelecendo que todos os documentos relacionados com o imposto deverão ser conservados, no mínimo, pelo prazo decadencial previsto no art. 965 do citado Regulamento.

O contribuinte não forneceu os documentos fiscais, haja vista que comunicou através do requerimento de fl. 161 do PAF que houve extravio, o que constitui impedimento para desenvolver diversos roteiros de fiscalização para apuração do ICMS devido.

Está comprovada nos autos a infração cometida pelo contribuinte, relativamente ao extravio dos documentos fiscais, conforme declaração, fl. 161, onde o autuado comunica que foram extraviadas as notas fiscais, fato que foi objeto da SÚMULA CONSEF Nº 2, cuja decisão se refere à obrigação de o sujeito passivo comunicar à repartição fazendária, no prazo estabelecido na legislação, não caracterizando denúncia espontânea, sujeitando-se o infrator à aplicação da penalidade prevista em lei.

Assim, entendo que está caracterizada infração por descumprimento de obrigação acessória. Entretanto, deve ser retificada a multa aplicada, tendo em vista que foi consignado no Auto de Infração o valor de R\$280,00, mas, por se tratar de extravio de 700 documentos fiscais, a legislação estabelece o valor de R\$4,00 por documento extraviado, limitando a penalidade a R\$400,00 considerando que o infrator é microempresa, de acordo com o previsto no art. 42, inciso XIX, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 7.753/00.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, haja vista que não foram apresentados pelo defendente, elementos para descaracterizar a exigência fiscal da primeira infração, ficando alterada a multa referente à segunda infração para R\$400,00 em decorrência do equívoco na indicação a menos da multa consignada pelo autuante”.

Inconformado com a Decisão acima o sujeito passivo apresentou Recurso Voluntário onde, em síntese, argui preliminarmente a Nulidade da Decisão recorrida afirmando que o julgamento não enfrentou todas as questões que suscitou nas Razões de Defesa enquanto que, as que foram apreciadas, foram decididas sem a necessária motivação.

Diz que, em preliminar das Razões de Defesa argüiu a Nulidade do Auto de Infração em função da precária descrição dos fatos, deficiência no demonstrativo do débito, utilização de base de cálculo sem definição de origem e das parcelas que a compõe, além da ausência de identificação dos elementos utilizados para firmar a convicção do autuante. Considera que estes argumentos não foram devidamente enfrentados pela JJF.

Também afirma que a JJF não enfrentou questões apresentadas em relação ao mérito, na medida que questionou a existência de critérios objetivos para a apuração do imposto, devendo afastar-se as indesejáveis presunções nesta hipótese, pois havendo possibilidade de realização de inventário de estoques e apuração de entradas e saídas, não caberia a presunção de saídas não contabilizadas, acrescentando, ainda, que o possível saldo credor de Caixa se justifica pela injeção de recursos pelos sócios.

Afirma, ainda, que a autuante considerou a alíquota de 17% apesar de desenvolver atividade no ramo de gêneros alimentícios com produtos tributados à alíquota de 7%, questão esta que considera que sequer chegou a ser apreciada pela JJF.

No tocante a 2ª infração afirma que demonstrou que não caberia a aplicação da multa, uma vez que foi vítima de ação criminosa por marginais, incorrendo os motivos ensejadores da decisão, a qual considerou omissa.

Diante destas considerações e com base no argumento de inexistência de motivação do julgamento, requer que seja declarado Nulo o julgamento realizado pela 2ª JJF.

Em seguida requer a Nulidade do Auto de Infração por considerar que ocorreu descrição imprecisa dos fatos, não ficando claro como a autuante chegou aos valores apurados nem quais documentos utilizou, não se define no Auto de Infração a forma ou a base legal utilizada para o cálculo da correção monetária nem dos acréscimos moratórios e que, nem mesmo foi elaborado nenhum demonstrativo neste sentido. Considera que, diante dos fatos que menciona afigura-se Nulo de pleno direito o Auto de Infração por caracterizar-se cerceamento ao direito de defesa e a inobservância do devido processo legal.

No mérito, infração 1, diz que *“a descrição dos fatos não guarda qualquer relação com a realidade real”* (sic). Cita que está falando de uma microempresa, que enfrenta uma série de dificuldades e que, em matéria tributária não há espaço para presunções, ilações, suposições ou outras incongruências do gênero. Ou o fato gerador ocorre ou o imposto não é devido. Considera que a exigência fiscal afigura-se ilegítima sendo, portanto, Improcedente.

Acresce que a autuante aplicou genericamente a alíquota de 17% mesmo sabendo que desenvolve um ramo de atividade onde se pratica operações também com a alíquota de 7% e outras com o imposto antecipado. Afirma que a única coisa que se pode concluir a respeito do saldo credor de Caixa apurado pela autuante é que houve o descumprimento de uma obrigação acessória, ou seja, a correta escrituração do livro Caixa e que o único fato presumível é que o saldo credor foi proveniente da injeção de recursos na empresa pelo sócio.

Quanto a infração 2 diz que a autoridade fiscal foi informada do assalto que ocorreu com o contribuinte e que ocasionou a perda dos documentos fiscais indicados na autuação. Afirma que notificou a autoridade policial e que, desta maneira, não cabe a aplicação da multa uma vez que não teve culpa em relação a perda dos documentos e que houve falha do Estado em garantir a segurança pública. Requer a Improcedência deste item.

Em conclusão requer: a determinação das diligências necessárias à confirmação das suas alegações e a reforma do Acórdão nº 0398-02/02 para se decretar a Nulidade ou a Improcedência do Auto de Infração em lide.

A Douta PROFAZ emitiu o parecer de fls. 304 e 305 dos autos opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário por entender que nas razões ali expendidas estão ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão Recorrido.

Entende que as infrações apontadas pelo preposto fiscal estão devidamente comprovadas e tipificadas nos autos e que, até o presente momento, não foi apresentada qualquer prova documental que contrariasse os números apurados no lançamento. Aduz que a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apresenta caráter relativo, admitindo sempre a elaboração da prova em contrário pelo sujeito passivo sendo que, na hipótese em tela o recorrente não logra elidir a presunção de legitimidade do lançamento e que, ademais, o art. 142 do RPAF/99 preceitua que, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Em relação à infração 2, entende que a simples comunicação à repartição fiscal não tem o condão de inibir a aplicação da multa prevista em lei.

VOTO

Em relação à preliminar de Nulidade levantada para o julgamento levado a efeito pela 2ª JF vemos que a mesma não pode prosperar pois este obedeceu, rigorosamente, às normas estabelecidas no RPAF-BA em vigor além de que, todos os pontos enfocados pela defesa foram relatados e considerados no julgamento. Assim temos que: a preliminar de nulidade do Auto de Infração foi enfrentada, conforme resta claro no Voto proferido pelo o Sr. Relator; os argumentos trazidos em relação ao mérito foram também examinados e à leitura da fundamentação constante no Voto proferido pelo o Sr. Relator da 1ª Instância não deixa qualquer tipo de dúvida a este respeito. Afastada, portanto, esta preliminar de nulidade, eis que o recorrente não apresenta fatos ou argumentos suficientes para tal posicionamento.

Quanto a segunda preliminar de nulidade levantada, ou seja, a do próprio Auto de Infração, o recorrente limita-se a repetir os mesmos argumentos já apreciados na Decisão recorrida os quais, não se enquadram nas normas elencadas no art. 18 do RPAF-BA. Os pretensos vícios mencionados na peça recursal não se sustentam pois a descrição dos fatos está posta de forma compreensível, a base de cálculo está demonstrada à fatura enquanto que a correção monetária e os acréscimos tributários aplicados ao débito tem previsão legal no Código Tributário do Estado da Bahia. Quanto ao argumento de cerceamento ao direito de defesa este não se sustenta, tanto que, o recorrente o exerceu em toda sua plenitude. Afastada, pois, esta segunda preliminar de Nulidade.

Quanto ao mérito, naquilo que pertine à infração 1, é importante salientar que no período abrangido pela ação fiscal o recorrente era inscrito como contribuinte normal e não como microempresa conforme quer fazer crer em seu Recurso Voluntário.

A exigência fiscal encontra lastro no § 4º, art. 4º da Lei nº 7.014/96, vez que decorreu de pagamentos não registrados, sendo efetuada a reconstituição da Caixa da empresa do recorrente e apurado, nos meses autuados, insuficiência de saldos para comportar os pagamentos efetuados, o denominado saldo credor de Caixa. Tudo isto está fartamente demonstrado e comprovado nos autos, enquanto que o recorrente não apresenta qualquer fato concreto e objetivo, muito menos documentos ou demonstrativos que possam desconstituir a exigência fiscal. Nesta condição é totalmente inócuo e insustentável o pedido de diligência formulado, o qual fica aqui negado. A menção de que teria ocorrido “injeção de valores” pelo sócio não se confirmou, pois não foram juntados aos autos documentos que comprovassem a existência de empréstimos efetuados pelo sócio bem como o efetivo ingresso no estabelecimento dos numerários imaginados.

O argumento de que foi aplicada a alíquota de 17% em empresa que também pratica algumas operações com a alíquota de 7% é inoportuno já que, nas exigências fiscais decorrentes de presunções legais que as autorizam, como a constante no presente Auto de Infração, deve-se utilizar a alíquota interna já que, em se tratando de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, alcançadas por presunção não elidida pelo sujeito passivo, não há como se separar o tipo de operação para aplicar-se outra alíquota senão aquela vigente para as operações internas, o que foi feito de forma correta pela autuante.

Aliás, é oportuno salientarmos que o procedimento fiscal, na forma implementada, foi até benéfico ao recorrente posto que, em se tratando de exercícios já encerrados, a exigência fiscal deveria recair sobre o total das notas fiscais não registradas/contabilizadas, sem qualquer tipo de dedução, já que, a exigência da omissão de saídas recai, exatamente, sobre o total dos pagamentos efetuados com o produto das receitas omitidas. No caso em tela, ao se optar para reconstituir a Caixa, beneficiou o sujeito passivo pois foram deduzidas quantias pertinentes ao capital inicial e de vendas registradas as quais, a rigor, não deveriam ser computadas dedutivamente. Também o recorrente foi beneficiado na medida em que foram considerados nos

levantamentos os créditos fiscais constantes das notas fiscais não contabilizadas, conforme se observa nos demonstrativos Anexos 3 e 5. Tal situação poderia resultar até em nova ação fiscal para se reclamar o montante do débito que deixou de ser cobrado, o que fica aqui recomendado.

Quanto à infração 2 entendemos que não há o que se questionar pois a infração está plenamente comprovada nos autos. Os argumentos do recorrente extrapolam ao objeto da autuação e são incapazes de provocar alteração no julgado.

Por outro lado, a autuação consigna uma multa no valor de R\$280,00 a qual foi majorada pela 2ª JJF para R\$400,00 procedimento este que entendemos não ser possível. Apesar do entendimento da JJF, em relação ao valor da penalidade, estar correto, não pode haver majoração do valor original indicado no Auto de Infração, razão pela qual, de ofício, damos Provimento Parcial ao Recurso Voluntário em relação ao presente item, no sentido de que o valor da multa retorne àquele originalmente aplicado, isto é, R\$280,00.

Em conclusão, votamos pelo PROVIMENTO PARCIAL deste Recurso Voluntário apenas para que o valor da multa pertinente à infração 2 retorne àquele originalmente aplicado, mantendo-se inalterada a Decisão recorrida em relação à infração 1.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, e em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMTE** o Recurso Voluntário, para determinar, de ofício, que seja mantido o valor original da multa aplicada em relação a infração 2 e julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 274068.0013/02-9, lavrado contra **SAGG COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.598,40**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa de **R\$280,00**, prevista no art. 42, inciso XIX, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96.

VOTOS VENCEDORES: Conselheiros (as) Carlos Fábio Cabral Ferreira, José Carlos Boulhosa Baqueiro, José Carlos Barros Rodeiro e José Raimundo Ferreira dos Santos.

VOTOS VENCIDOS EM RELAÇÃO AO ITEM 2 - Conselheiros (as) Sandra Urânia Silva Andrade e Helcônio de Souza Almeida.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de Março de 2003.

HELCONIO DE SOUZA ALMEIDA – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PROFZ