

A. I. N° - 928709-4/00
AUTUADO - PADARIA ESTRELA DALVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ CARLOS ALMEIDA DE ABREU
ORIGEM - IFMT-DAT/METRO
INTERNET - 23/07/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0264-03/03

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DA DOCUMENTAÇÃO FISCAL CORRESPONDENTE, APURADA ATRAVÉS DA AUDITORIA DE “CAIXA”. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Comprovada a ausência da documentação fiscal correspondente ao valor apurado em Auditoria de caixa, justifica-se a imposição de penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração de 18/03/2003, exige multa de R\$ 690,00, em decorrência de falta de emissão de documentos fiscais em vendas a consumidor, apurada através de Auditoria de Caixa.

O autuado ingressa com defesa, fls. 17 a 25, e em preliminar requer a nulidade do Auto de Infração, considerando que o mesmo não preenche os requisitos dispostos no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, pois não “conta” dos elementos do lançamento impugnado a realização da auditoria de caixa mencionada, para fins de justificar a autuação. Também que não restou comprovado que a auditoria de caixa tenha sido realizada pela fiscalização na presença de funcionários ou representantes legais do autuado, o que demonstra que o procedimento fora realizado em completo arrepio da lei, merecendo, dessa forma, o reconhecimento da sua nulidade por parte deste Egrégio Conselho. Aduz que se o Auditor tivesse procedido conforme manda a lei, não haveria motivos para que a intimação fosse realizada pela EBCT, posto que estaria, sem qualquer sombra de dúvidas, na presença de pessoas capazes de apor o ciente, para fins de fazer fluir o prazo de defesa. Também não ficou comprovado a existência de flagrante ou demais procedimentos a comprovar o ilícito tributário. Menciona o Acórdão relativo ao Auto de Infração n° 000894373 7 00, o qual foi julgado improcedente. Entretanto em homenagem aos princípios da eventualidade e da concentração da defesa, argumenta que a imposição de multa é indevida, posto que descabe a exigência de penalidades administrativas para empresas que gozam do favor legal da concordata. Isto porque a defendente está sob processo de Concordata preventiva em curso na 8ª Vara Cível de Salvador, tombado sob n° 140.01.948157-7 cuja cópia do despacho concessivo do favor legal segue anexa. Ressalta que deve ser excluída a multa, atendendo ao disposto no art. 23, parágrafo único do Decreto-Lei n° 7.661/45 c/c art. 112, II e IV, do CTN. Afirmar que é ilegal, senão injusto exigir do peticionante o pagamento de tão absurda multa, simplesmente pelo descumprimento de uma obrigação acessória, que em nada prejudicou os trabalhos do fisco estadual, ainda mais quando não foi constatada a falta de recolhimento do ICMS. Traz à colação o posicionamento do STF e do STJ, no que pertine à exclusão da multa para as empresas em processo de concordata. Em síntese, o autuado requer a exclusão da multa aplicada, por estar sofrendo as intempéries de um processo de concordata preventiva, devidamente comprovada, ainda mais que não ficou provado a ocorrência de evasão de recursos dos cofres estaduais.

O autuante presta informação fiscal, fls. 41 a 42, e esclarece que o Termo de Auditoria de Caixa foi devidamente assinado por preposto da autuada, Marina de Oliveira Souza, CPF nº 808093915-20 e compõe o presente processo administrativo fiscal, logo a ação fiscal está devidamente documentada, ficando inclusive uma via do Termo de Auditoria em poder da empresa. Naquela oportunidade, foi emitida a nota fiscal nº 0539, no valor da diferença apurada, e que também integra o processo. Frisa que no lançamento tributário foram observados todos os princípios constitucionais e legais, especialmente os que asseguram o amplo direito de defesa e do contraditório, não existindo nenhuma ilegalidade no fato do contribuinte ser cientificado do Auto de Infração, através dos Correios. Saliencia que o art. 142, VII do RICMS/97, é claro quando prevê entre outras obrigações do contribuinte: “entregar ao adquirente ou ao tomador, ainda que não solicitado, o documento fiscal correspondente às mercadorias cuja saída efetuar ou ao serviço que prestar”. Opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração no qual foi exigida multa pelo descumprimento de obrigação acessória, a falta de emissão de documentos fiscais nas saídas de mercadorias de estabelecimento comercial.

A defesa traz como preliminar de nulidade o fato de que o Auto de Infração não preenche os requisitos dispostos no art. 18, IV, “a” do RPAF/99, no que não concordo, posto que o lançamento tributário contém elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator.

Ademais, a ação fiscal está amparada no procedimento de Auditoria de Caixa, forma de realização de auditoria nos contribuintes do ICMS do Estado da Bahia, da qual o fisco se utiliza para detectar possíveis evasões deste imposto.

Verifico que o Termo de Auditoria de Caixa, foi assinado por preposto da empresa, Sra. Marina de Souza Oliveira, o que denuncia que acompanhou a contagem do numerário do Caixa, o que cai por terra o argumento do autuado de que a fiscalização teria sido realizada sem a presença de um funcionário.

Quanto ao envio do Auto de Infração por AR, este meio de comunicação acerca do lançamento tributário, não resulta em nulidade, pois previsto na legislação tributária, conforme o Art. 108 do RPAF/99, como segue:

Art. 108 – A intimação do sujeito passivo ou de pessoa interessada acerca de qualquer ato, fato ou exigência fiscal, quando não for prevista forma diversa pela legislação, será feita:

II – mediante remessa, por via postal ou qualquer outro meio ou via, com aviso de recebimento (“AR”) ou com prova de entrega, ao sujeito passivo ou interessado, de cópia do instrumento ou de comunicação de decisão ou circunstância constante de expediente.

Assim, considera-se efetivada a intimação, na data do recebimento da remessa, no presente caso, em 30/04/03, conforme consta no AR de fl. 15.

No mérito, diante dos elementos constitutivos do presente PAF, entendo que ficou caracterizado que o contribuinte realizou operações de vendas sem a emissão da documentação fiscal correspondente.

A Auditoria de Caixa efetuada pela fiscalização nos estabelecimentos varejistas, nos moldes em que está descrita no presente processo, é procedimento fiscal largamente aceito por este CONSEF, desde que embasado em provas e devidamente circunstanciado.

Entendo que as provas do cometimento da infração estão acostadas aos autos. O Termo de Auditoria de Caixa, lavrado pelo autuante e acostado à fl. 13, comprova que o autuado efetuou vendas a consumidor final, sem a emissão de notas fiscais, no dia 18/03/2003, no valor de R\$ 65,96.

Constatada o valor da diferença apurada, o atuante lavrou o presente lançamento, para cobrança de penalidade por descumprimento de obrigação acessória, de acordo com o § 2º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte, em sua peça defensiva, afirma que por estar em processo de concordata preventiva, não estaria sua empresa sujeita à multa por infração à legislação tributária, considerando a aplicação mais benéfica ao contribuinte, na forma do art. 112 do CTN.

Não encontra amparo a pretensão do autuado, haja vista que a multa de ofício é uma penalidade pecuniária aplicada pela infração cometida. Entendo que somente cabe a aplicação do dispositivo do art. 112 do CTN, em caso de dúvida quanto a algum dos aspectos da norma legal aplicada, o que não ficou patenteado no presente caso.

A nota fiscal relativo à venda de mercadorias deverá ser emitida no momento da efetivação da operação, sujeitando o contribuinte à multa pecuniária, em caso de descumprimento.

Outrossim, entendo ser legítima a cobrança da multa fiscal em face de empresa em concordata, que continua a operar normalmente, realizando as operações mercantis. As disposições previstas no Decreto Lei nº 7.661/45, alcançam somente as empresas falidas e não as concordatárias, não se aplicando no caso o art. 112 do Código Tributário Nacional.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **928709-4/00**, lavrado contra **PADARIA ESTRELA DALVA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa no valor de **R\$ 690,00**, prevista no art. 42, XIV-A da Lei nº 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de julho de 2003

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR