

A. I. N° - 017903.1001/03-4
AUTUADO - CLEIDE MOREIRA DO NASCIMENTO
AUTUANTE - GERALDO BRITO NUNES
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 28.12.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0505-03/04

EMENTA: ICMS. 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. Refeitos os cálculos, o débito originalmente apurado ficou reduzido. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 29/01/2003, refere-se à exigência de R\$32.810,44 de ICMS, acrescido da multa de 70%, tendo em vista que foi constatada omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta Caixa, no exercício de 2001.

Em sua impugnação às fls. 44 a 64 do presente processo, o autuado contestou preliminarmente a multa aplicada, alegando que a mesma é confiscatória e excessiva, e que a suposta falta de recolhimento do ICMS traria aos cofres públicos apenas um prejuízo moratório, compensado com juros de mora mais correção monetária. Neste sentido, citou o art. 112 do CTN, e ensinamentos de Samuel Monteiro e Hugo de Brito Machado. Ressaltou, ainda, que a Câmara dos Deputados aprovou a Lei nº 9.298/96, limitando as multas no comércio a patamares nunca inferiores a 2%, compatíveis com a inflação. Destacou decisão do STF sobre a questão, reproduzindo a ementa proferida pelo mencionado Tribunal. O autuado requereu a redução da multa para o percentual de 2% do imposto devido, caso a autuação seja considerada procedente.

Quanto ao mérito, o defendente contestou o enquadramento legal, citou artigos da legislação pertinente, alegando que os diplomas legais reguladores do ICMS não contemplam a figura do saldo credor de Caixa como fato gerador do imposto. Neste sentido, citou ensinamentos de Hugo de Brito Machado, e alegou que o autuante apurou saldo credor de Caixa em desconformidade com os requisitos legais, entendendo que o levantamento fiscal padece de nulidade absoluta, porque está lastreado em notas fiscais de compras, em grande parte requisitadas no CFAMT, e que o autuante está a exigir que o contribuinte traga aos autos prova de fato negativo. Argumentou que o autuante não juntou ao PAF uma só nota fiscal, e por isso, entende que a ação fiscal está desprovida de elementos embasadores, e no caso de compras a prazo é imprescindível a juntada de comprovante do dia do pagamento da duplicata.

O defendente aduziu também, que o autuante não inseriu em seu levantamento o capital da empresa, no valor de R\$5.000,00, integralizado em 28/03/2000, também, não procurou saber a conta bancária do autuado para constatar os saldos devedores, conforme relacionados nas razões de defesa, fl. 63 do PAF, e extratos emitidos pelo BANEBA, anexados aos autos. Pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 144 e 145 dos autos, dizendo que em relação ao Capital, no valor de R\$5.000,00, o aporte foi feito no ano de 2000, e a fiscalização realizada se refere ao exercício de 2001, ressaltando que o autuado foi intimado a comprovar o saldo de Caixa, mas não atendeu. Quanto aos extratos bancários acostados aos autos pelo defendente, informou que a conta bancária pertence à pessoa física, e não, à jurídica.

No que concerne ao sistema CFAMT, o autuante disse que se trata de alegação infundada, uma vez que por ocasião da primeira intimação realizada, o autuado entregou várias pastas contendo notas fiscais, livros de Entradas e Saídas e o levantamento fiscal foi efetuado à vista desses documentos, não ficando nenhuma dúvida quanto aos dados levantados, existindo também algumas notas fiscais requisitadas no CFAMT, mas não restam dúvidas quanto à sua destinação. Quanto às datas de pagamento, disse que o levantamento foi criterioso, observando que os pagamentos efetuados no ano seguinte foram excluídos do levantamento, conforme se pode deduzir da documentação anexada pelo próprio autuado.

Considerando as alegações defensivas quanto às notas fiscais do sistema CFAMT, e a inexistência nos autos dos mencionados documentos fiscais, necessários para comprovar que as mercadorias foram adquiridas pelo autuado, a 2ª JF, converteu o presente processo em diligência à INFAZ de Origem (fl. 162) para o autuante juntar as citadas notas fiscais ao PAF, e ser providenciada a entrega ao autuado de cópia de todos os demonstrativos e demais documentos que embasaram a lavratura do Auto de Infração.

Em atendimento ao solicitado, o autuante apresentou nova informação fiscal à fl. 165, esclarecendo que das quatorze notas fiscais, objeto do levantamento fiscal, apenas quatro foram localizadas, que se encontram acostadas aos autos, fls. 152 a 155, por isso, foi refeito o demonstrativo de débito, excluindo os documentos fiscais não localizados. Consequentemente, foram modificados os valores do imposto exigido nos meses de janeiro a maio, agosto e outubro de 2001, permanecendo os demais meses com seus valores inalterados, conforme demonstrativos às fls. 166/167. Ressaltou que o restante do levantamento foi realizado com a documentação apresentada pelo autuado, uma vez que determinadas informações, como o tipo do produto, fornecedor e data de pagamento das faturas somente poderiam ser possíveis com a documentação da empresa. Disse que, para o cumprimento da diligência, foi expedida nova intimação ao autuado (fl. 164), solicitando a apresentação das notas fiscais de entradas, DAEs, Declaração do Imposto de Renda e livro Caixa, sendo protocolada pelo contribuinte, na INFAZ Eunápolis, uma declaração (fl. 169) informando que toda a documentação do exercício de 2001 foi extraviada, fato que, segundo o autuante, não altera o resultado do levantamento por ele realizado, pela solidez dos demonstrativos acostados aos autos. Por fim, o autuante informou que foi providenciada a entrega da cópia de cada demonstrativo, com declaração quanto ao recebimento por parte do autuado. Pede que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte, com exclusão das notas do CFAMT, não localizadas.

Em decorrência da nova informação fiscal prestada pelo autuante, em resposta à diligência solicitada, o autuado apresentou nova manifestação às fls. 173 e 174 dos autos, alegando que não foram atendidas as recomendações constantes do pedido de diligência fiscal, e os demonstrativos não lhe foram enviados. Disse que o autuante não trouxe aos autos as notas fiscais de entradas que lastrearam a autuação fiscal, e não tendo comprovado que as mercadorias lhe foram remetidas, cai por terra a acusação fiscal por absoluta falta de prova. Pede que seja julgado totalmente improcedente o Auto de Infração.

Nova informação fiscal foi prestada à fl. 177, na qual o autuante reitera a informação anterior, de que o levantamento foi efetuado à vista dos documentos apresentados pelo autuado quando da fiscalização, e na ocasião da diligência fiscal o autuado fez desaparecer toda a documentação em

seu estabelecimento. Confirma a informação de que todo o procedimento está correto, o autuado recebeu cópia de todos os demonstrativos que compõem o processo, e não entende a má fé do defensor do autuado, quando alega o não recebimento das cópias, o que está comprovado às fls. 08, 23, 37, 38, 39 e 40 do PAF.

Considerando a alegação defensiva de que o autuado não recebeu integralmente os demonstrativos que embasaram a lavratura do Auto de Infração, encontrando-se diversas folhas dos autos sem a necessária assinatura comprobatória do recebimento pelo contribuinte, e para evitar futura alegação de cerceamento do direito de defesa, a 2ª JFJ converteu o presente processo em nova diligência à INFAZ Eunápolis (fl. 180) para ser providenciada a entrega de cópias dos demonstrativos acostados aos autos, fls. 10 a 22 e de 24 a 36, além de xerocópias das notas fiscais de fls. 146 a 149 do PAF, devendo ser firmado recibo pelo autuado ou seu representante legal, e ser concedido o prazo de 30 dias para o autuado se manifestar, querendo, sobre os elementos a ele fornecidos, reabrindo-se o prazo de defesa

De acordo com o recibo à fl. 186 dos autos, o autuado, representado por seu advogado, recebeu cópia dos demonstrativos e notas fiscais, entretanto, não consta que foi dado conhecimento quanto à reabertura do prazo de defesa.

Em 15/09/2004, os membros desta 3ª JFJ decidiram devolver o PAF à INFAZ de origem para comunicar ao autuado ou seu representante legal quanto à reabertura do prazo de defesa, em decorrência do fornecimento dos demonstrativos que embasaram a exigência fiscal.

Em atendimento ao solicitado foi expedida a intimação à fl. 192 e respectivo “AR” (fl. 193). Entretanto, o autuado não se manifestou.

VOTO

Quanto à arguição de nulidade apresentada nas razões de defesa, observo que em relação ao cerceamento do direito de defesa por falta de entrega ao autuado, dos demonstrativos e fotocópias das notas fiscais que embasaram a autuação, tal irregularidade formal foi saneada por determinação deste órgão julgador, tendo sido reaberto o prazo de defesa. Assim, fica rejeitado o pedido de nulidade apresentado pelo defendente, considerando que o PAF está revestido das formalidades legais e, não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

No mérito, o presente Auto de Infração, foi lavrado para exigir ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de saldo credor na conta caixa, no exercício de 2001, conforme demonstrativos acostados aos autos (fls. 10 a 40), nos quais foi consignado o movimento de numerários correspondentes aos recebimentos e pagamentos efetuados pelo autuado.

De acordo com o demonstrativo dos pagamentos realizados, restou provado que não procede a alegação defensiva de que todas as compras foram consideradas à vista, uma vez que, a exemplo da NF 53553, emitida em 03/11/2001, citada nas razões de defesa, cujo pagamento foi efetuado em três parcelas, de acordo com as informações consignadas no próprio documento fiscal, (fl. 114), e sendo a quitação de duas parcelas realizada em dezembro, foram considerados os dois pagamentos no mencionado mês, conforme demonstrativo à fl. 22.

Vale ressaltar, que embora tenha sido alegado nas razões de defesa que não foi considerado o saldo inicial do Caixa, o autuado não apresentou qualquer comprovação do citado saldo, apesar

de regularmente intimado (fl. 09) para comprovar o saldo de caixa em 01/01/2001 de 31/12/2001. Trata-se de dado vinculado à escrituração fiscal do autuado, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido por ele anexada aos autos.

Em relação ao Capital Social de R\$5.000,00, alegado nas razões de defesa que foi integralizado em 28/03/2000, justifica-se a não inclusão do mencionado valor, por se tratar de levantamento relativo ao exercício 2001, e não, de 2000, conforme esclarecido pelo autuante. Por isso, não é acatada essa alegação defensiva.

Quanto aos saldos da conta bancária, pelos extratos acostados aos autos, concordo com a informação do autuante, de que não se trata de conta corrente vinculada à pessoa jurídica, e sim à pessoa física, e apesar de ser uma firma individual que legalmente tem o mesmo nome da pessoa física, o endereço constante nos mencionados extratos não é o mesmo da empresa, e o autuado não juntou ao presente processo a comprovação de que, efetivamente, a citada conta pertence à pessoa jurídica, inclusive com a indicação do número do CNPJ no cadastro bancário.

Em relação ao argumento defensivo de que não foram anexadas as notas fiscais comprobatórias das aquisições das mercadorias, observo que uma parte dos documentos fiscais consignados no levantamento efetuado pelo autuante foi fornecida pelo próprio contribuinte e, considerando que devem estar na sua posse, os respectivos dados são do seu conhecimento, por isso, é dispensável a juntada desses documentos aos autos.

Quanto aos demais documentos fiscais, requisitados do CFAMT, de acordo com a informação fiscal à fl. 161, foram localizadas apenas quatro notas fiscais, por isso, os cálculos foram refeitos para excluir os documentos não localizados, permanecendo somente aqueles encontrados e acostados aos autos, fls. 146 a 149, ressaltando-se que o autuado tomou conhecimento dos novos valores apurados, conforme intimação e respectivo “AR”, às fls. 154 e 155 do PAF.

No caso em exame, os documentos devem estar na posse do autuado, que apesar de ter impugnado a exigência fiscal não apresentou qualquer elemento para contrapor os novos cálculos efetuados pelo autuante, ressaltando-se 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).

Em relação ao argumento defensivo de que os demonstrativos não foram enviados ao autuado, conforme já comentado na apreciação da preliminar de nulidade, tal irregularidade formal foi saneada por determinação deste órgão julgador, tendo sido reaberto o prazo de defesa, e o sujeito passivo não se manifestou.

Observo que a exigência do imposto está respaldada em levantamento fiscal efetuado regularmente, a irregularidade apontada nos autos está devidamente caracterizada, 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.

Ressalto, ainda, que 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 7.014/96), e os cálculos foram refeitos pelo autuante para excluir as notas fiscais do CFAMT não localizadas, ficando alterado o imposto exigido, conforme demonstrativo à fl. 167 dos autos, cujo resultado foi dado conhecimento ao contribuinte que não apresentou qualquer contestação.

Considerando que se trata de contribuinte inscrito no período fiscalizado na condição Microempresa, enquadrado no SIMBAHIA, e sendo apurado o imposto exigido por meio de Auditoria de Caixa, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração. Neste caso, a exigibilidade do tributo deve ser efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito deve ser aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal, de acordo com o previsto no § 1º, do art. 19, da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/2002. Assim, utilizando a base de cálculo apurada pelo autuante no demonstrativo à fl. 167, o imposto devido fica alterado para R\$17.358,97, conforme quadro abaixo:

| MÊS | BASE DE CÁLCULO | ALIQ | IMPOSTO APURADO | CRÉDITO 8% | VALOR A RECOLHER |
|--------------|-----------------|------|-----------------|------------|------------------|
| JAN | 19.804,26 | 17% | 3.366,72 | 1.584,34 | 1.782,38 |
| FEV | 31.151,24 | 17% | 5.295,71 | 2.492,10 | 2.803,61 |
| MAR | 28.936,64 | 17% | 4.919,23 | 2.314,93 | 2.604,30 |
| ABR | 26.766,82 | 17% | 4.550,36 | 2.141,35 | 2.409,01 |
| MAI | 32.014,96 | 17% | 5.442,54 | 2.561,20 | 2.881,35 |
| JUN | | 17% | - | - | - |
| JUL | | 17% | - | - | - |
| AGO | 25.995,02 | 17% | 4.419,15 | 2.079,60 | 2.339,55 |
| SET | | 17% | - | - | - |
| OUT | 28.208,61 | 17% | 4.795,46 | 2.256,69 | 2.538,77 |
| NOV | | 17% | - | - | - |
| DEZ | | 17% | - | - | - |
| TOTAL | - | - | 32.789,18 | 15.430,20 | 17.358,97 |

Por fim, foi contestada pelo defendente a multa indicada no presente lançamento. Entretanto, constato que a citada multa foi aplicada corretamente, no percentual de 70%, de acordo com o art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **017903.1001/03-4**, lavrado contra **CLEIDE MOREIRA DO NASCIMENTO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.358,97**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de dezembro de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR