

A. I. N° - 298943.0003/04-8
AUTUADO - CABELÃO DISTRIBUIDOR DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA
AUTUANTE - MARCÍLIO JOSÉ AMORIM DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ BONOCÔ
INTERNET - 23/05/05

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0170-03/05

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. Reduzido o valor do débito. **2.** LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. **a)** LIVRO CAIXA. Infração caracterizada, com retificação da penalidade aplicada. **b)** DOCUMENTOS FISCAIS. A multa aplicada foi absorvida pela multa por descumprimento da obrigação principal vinculada a mesma infração. Infração improcedente. **3.** DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Item nulo. Imputação imprecisa caracterizando flagrante cerceamento do direito de defesa. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 15/03/2004, exige imposto de R\$39.023,60 acrescido de multa de 60% além de multa de R\$1.060,00 pelas seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa, com valor de R\$39.023,60.
02. Deixou de apresentar Livro Fiscal (Caixa) quanto regularmente intimado, sendo aplicada multa de R\$460,00.
03. Deixou de apresentar comprovante das operações ou prestações contabilizadas quando intimado, referente a pagamento de aluguel e os extratos bancários solicitados, conforme Termo de Intimação, tendo sido imposta multa de R\$460,00.
04. Declarou incorretamente dados nas informações econômicas-fiscais apresentadas através de DME (Declaração de Movimento Econômico de Micro Empresa). No campo da descrição dos fatos consta que ficou constatado que vias dos documentos fiscais de compras capturadas na fiscalização do trânsito de mercadorias, que o contribuinte realizou operações não contabilizadas na DME conforme cópias das NF não registradas, sendo aplicado multa de R\$140,00.

O sujeito passivo, na defesa apresentada às fls. 571 a 617 dos autos, através do seu representante legalmente constituído (fl. 619), diz que em que pese o bom relacionamento com o Fisco e a reconhecida capacidade técnica de seus prepostos, que a peça defensiva pretende demonstrar equívocos nos procedimentos fiscais.

Preliminarmente, antes de adentrar a lide, discorreu sobre alguns princípios pertinentes ao processo administrativo fiscal (PAF). Diz que o Princípio da Legalidade Objetiva estabelece que o exercício da administração pública deve ser feito com imparcialidade, com ações implementadas delimitadas por leis sem que possa agir de livre arbítrio.

Cita trechos publicados na Revista dos Tribunais (fl. 573) em que há manifestação de que a administração fazendária deve se restringir aos limites da sua função constitucional.

Afirma que no Princípio da Verdade Material, inserido no art. 2º do RPAF/BA, ao contrário do processo judicial, “predomina o princípio da verdade material” para certificar-se da ocorrência ou não do fato gerador, recorrendo a diligências e perícias, quando necessário de modo que possa ser exercido o princípio do contraditório. Cita o posicionamento dos professores Alberto Xavier, José de Souto Maior e Bonilha quanto a buscar da verdade material e que a regra básica é de que o ônus da prova deve ser atribuído ao fisco.

Diz que o Princípio da Inquisitorialidade deve ser aplicado na atividade administrativa-tributária, atentando-se na busca de novas provas requisitadas de ofício ou do sujeito passivo para esclarecimento dos fatos.

Alega que o Princípio da Tipicidade Cerrada é aplicado no sistema tributário brasileiro, o que proporciona segurança aos contribuintes de que as exigências tributárias sejam feitas dentro da conformidade da lei.

Antes de adentrar ao mérito, o sujeito passivo suscitou a ocorrência de vícios insanáveis no processo que entende conduzir a nulidade nos termos do art. 18 do RPAF/99. Alega que ao encerrar seus trabalhos, em relação à infração 01, o autuante forneceu cópia da Auditoria do Fluxo de Caixa; Demonstrativo dos Pagamentos de Mercadorias e Serviços: Regime de Caixa; Demonstrativo Mensal de Compras por Período de Apuração e Demonstrativo das aquisições não consideradas na apuração do imposto simplificado. Documentos Fiscais capturados via CFAMT.

Assevera que, com base nestes elementos não é possível se defender. A título de exemplo, diz que não sabe de onde vieram os valores lançados a título de “alugueres”, e da mesma forma os valores relacionados a “Fornecedores não registrados”. Afirmo que existem inúmeras decisões sob o aspecto do cerceamento do direito de defesa que amparam a pretensão de nulidade requerida, a exemplo do “Ac. 303-25.277, Rel. Hélio Loyolla de Alencastro”, que transcreveu à fl. 589.

Diz que, no seu entendimento, o crédito tributário não foi constituído de forma legítima em relação à primeira infração pelo fato de que afronta o princípio da ampla defesa e do contraditório.

Alegou que a redação do Auto de Infração não deixa clara a acusação. Diz que tendo o autuante “apurado saldo credor na Conta Caixa” sem ter estabelecido qualquer nexo causal entre o saldo credor e a “omissão de saídas de mercadorias tributáveis”. Afirmo que mesmo que isto fosse verdadeiro (saldo credor), no seu entendimento, não seria fato gerador do ICMS, por falta de amparo na legislação tributária estadual.

Cita diversos trechos dos professores Alberto Xavier, Hugo de Brito Machado em relação à descrição das infrações, transcreveu o art. 18 do RPAF/99 (fl. 587) para fundamentar a necessidade de julgar nula a infração 01 pela falta de segurança e clareza do fato gerador.

Transcreveu diversas ementas de Acórdãos de julgamento das Junta de Julgamento Fiscais do CONSEF às fls. 587 a 590 e pede que seja convertido em diligência à Secretaria do CONSEF para acostar ao PAF a íntegra das decisões citadas.

Alegou que o contribuinte está inscrito no cadastro de contribuinte simplificado (Simbahia) e que inexistem pressupostos para que o cálculo do ICMS seja feito pelo regime normal ao invés do Simbahia. No seu entendimento isso só poderia ocorrer se tivesse sido desenquadrado, fato que não ocorreu.

No mérito, diz que se não acatadas as preliminares de nulidade, a ação fiscal é improcedente pelo fato de que o imposto ora exigido decorre de um equívoco cometido pelo autuante.

Afirma que o ICMS na forma exigida está sendo cobrado em duplicidade, tendo em vista que o saldo credor apurado indica insuficiência de numerários e a omissão de saída representa o ingresso de numerários e que, no seu entendimento, a segunda ocorrência anula a primeira.

Argumenta que o autuante não computou o saldo inicial da conta caixa no exercício de 2000, o que conduziu à apuração de saldos credores. Requer que seja feita diligência para apurar este fato.

Alega que o autuante, na elaboração dos seus demonstrativos apurou o saldo credor de caixa, computou todas as compras como se fossem à vista, inclusive em compras vinculadas a notas fiscais capturadas no CFAMT e não a data efetiva dos pagamentos. Afirma que este procedimento contraria os procedimentos fiscais previstos na Auditoria da Conta Caixa contidos no Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais da Secretaria da Fazenda e das regras básicas da Contabilidade.

Transcreveu um trecho de publicação do professor Amílcar de Araújo Falcão pertinente à constituição do fato gerador e transcreveu diversas ementas do CONSEF às fls. 597 e 598 em que foram proferidas decisões pela nulidade da autuação.

Transcreveu à fl. 598 a Súmula nº 01 do CONSEF que trata da nulidade do procedimento fiscal quando o mesmo não indicar de forma clara a base de cálculo e o método aplicado para apuração do imposto. Requer também diligência para que a Secretaria do CONSEF junte ao PAF a íntegra das decisões indicadas.

Alega que o autuante restringiu-se apenas a apurar o movimento de numerários disponíveis na conta caixa, quando no seu entendimento o procedimento fiscal correto deveria ser a análise das disponibilidades que envolvem o movimento financeiro da empresa aí incluso o fluxo financeiro que transita pelos bancos. Transcreve parte de publicação do professor Antonio Lopes de Sá em que conceitua o “Disponível” e diz que os cálculos efetuados pelo autuante não provam o cometimento de nenhuma infração e que o lançamento deve ser julgado improcedente.

Afirma que do valor do imposto apurado na infração 01, o autuante deveria deduzir os valores do ICMS já pagos, fato que não ocorreu, motivo pelo qual requer diligência fiscal por estranho ao feito para fazer as correções necessárias.

No que se refere às infrações 02 e 03, afirma que o autuante aplicou duas multas de R\$460,00 com base na mesma tipificação legal o que no seu entendimento implica exigência em duplicidade, tendo em vista que o descumprimento da obrigação acessória foi a falta de apresentação de livros na primeira e de apresentação de documentos na segunda.

Afirma que conforme disposto no art. 42, § 5º da Lei de nº 7.014/96 “a multa pelo descumprimento de obrigação acessória será absorvida pela multa para o descumprimento da obrigação principal ...” e entende que dessa forma as multas não são devidas.

Ressalta ainda que o autuante se contradiz ao afirmar que não lhe foi entregue os recibos de aluguel, mas que no demonstrativo elaborado pelo mesmo foi apontado valores de aluguéis.

Por fim, requer que as multas aplicadas sejam julgadas improcedentes.

Quanto à infração 04, diz que o autuante aplicou multa de R\$140,00 pela suposta declaração incorreta nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, mas que não indicou a que ano se refere, o que o impede de se defender.

Da mesma forma que o alegado em relação às infrações 02 e 03, afirma que a multa ora exigida é absorvida pela multa da obrigação principal da infração 01.

Pede também que seja julgada improcedente a infração 04.

Em relação a todas infrações, diz que diversos pontos precisam ser esclarecidos e com base no Princípio de Inquisitorialidade, formula diversos quesitos às fls. 607 e 608.

Quanto à multa aplicada de 70% na infração 01, diz que a mesma é confiscatória e que a mesma fere o princípio da capacidade contributiva. Cita o posicionamento dos doutrinadores Celso Antonio Bandeira de Melo, Hugo de Brito Machado, José Cretella Júnior, Sacha Calmon Navarro Coelho, Ilves José de Miranda Guimarães quanto ao princípio do não confisco nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal/1988, que transcreveu à fl. 612. Afirma que apesar de ser previsto em lei, o percentual da multa é absurdo e não guarda correlação com a capacidade econômica da empresa.

Ressalta que o autuante deve produzir a informação fiscal de acordo com o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/BA, e pede que, caso sejam acostados novos elementos ao processo, seja reaberto o prazo de defesa.

Por fim, requer que o Auto de Infração seja declarado nulo e, se não acatadas as arguições preliminares, que seja julgado improcedente. Requer ainda, que lhe seja facultado provar tudo que foi alegado, inclusive por meio de diligências fiscais requeridas e todos os meios admitidos em direito.

O autuante na sua informação fiscal (fls. 626 a 631) diz que forneceu ao autuado todos os demonstrativos fiscais acostados ao Auto de Infração e que por si só são auto explicativos em relação a infração indicada onde foi apurado saldo credor na conta caixa. (infração 01).

Afirma que o autuado não apresentou à fiscalização o livro caixa e extratos bancários, motivo pelo qual elaborou os demonstrativos de Auditoria de Fluxo de Caixa; Demonstrativo Mensal das Compra por período de apuração; Demonstrativo dos pagamentos de mercadorias e serviços (Regime de Caixa) e Demonstrativo das Aquisições não Consideradas na Apuração do Imposto Simplificado. Explica que foi considerado o crédito presumido de 8% sobre as compras conforme disposto no art. 408-S, § 1º do RICMS/BA. Afirma que considerou os documentos fiscais de compras apresentados pelo autuado por ocasião da fiscalização e as notas fiscais capturadas no sistema CFAMT, tendo feito entrega ao autuado das cópias destas notas fiscais conforme recibos juntados às fls. 119, 268 e 442 do PAF.

Quanto ao questionamento acerca dos valores dos “Alugueres” afirma que os mesmos foram obtidos conforme “contrato de aluguel do imóvel onde funciona o estabelecimento” do autuado, conforme cópia de contrato acostado às fls. 28 a 44 do PAF.

No que se refere à alegação da falta de clareza e precisão na descrição da infração, diz que a omissão de saída indicada na infração 01 decorre da apuração do saldo credor de caixa e que tem respaldo nas presunções contidas no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, que transcreveu à fl. 627 e que no seu entendimento “traduz exatamente a presunção autorizada de omissão de saídas de mercadorias verificadas no ‘estouro de caixa’”.

Relativo a alegação de que o ICMS não poderia ter sido exigida com base na regras de apuração do regime normal, afirma que tal procedimento é previsto no art. 408-L, V combinado com o art. 408-S, § 1º e art. 915, tudo do RICMS/97, cujos artigos citados transcreveu às fls. 628 e 629.

Em relação à alegação defensiva, de que o imposto foi exigido em duplicidade, pelo fato de que “a parcela de estouro de caixa, deveria ser considerada como saldo inicial do período seguinte, ou seja, como parcela positiva”, afirma que é um equívoco, tendo em vista que “o autuante considerou a parte estourada do caixa, após a exigência do tributo, como ingresso de numerário na medida em que ‘zera’ o saldo da conta caixa a partir de cada evento de estouro verificado”.

Quanto à alegação apresentada pelo impugnante de que foram consideradas todas as compras à vista, esclarece que podem ser observados nos demonstrativos por ele elaborados (fls. 26 e 117 a 119) que foi considerado um prazo médio de pagamento entre 30 e 60 dias com base no prazo médio das faturas que é inferior a 30 dias. Informa que adotou este método tendo em vista que o autuado foi intimado para apresentar os extratos bancários para identificar as datas em que ocorreram os pagamentos e o mesmo não os apresentou.

Afirma que não procede a alegação defensiva de que deveria ter aplicado o roteiro de auditoria das disponibilidades e não simplesmente de caixa, pelo fato de que o autuado, mesmo intimado não entregou os documentos de natureza contábil o que o impossibilitou de verificar as disponibilidades.

Quanto à alegação defensiva, da falta de consideração do ICMS já pago, afirma que o saldo credor de caixa apurado na infração 01 configura a falta de entrada de numerários e que corresponde a receitas não oferecidas à tributação. Diz que do imposto exigido relativo ao saldo credor de caixa apurado foi deduzido o crédito presumido de 8% previsto no art. 408, § 1º do RICMS/97 e que o ICMS recolhido pelo autuado pelo regime simplificado (Simbahia) não foi objeto de autuação.

Quanto à alegação de que as multas aplicadas nas infrações 02 e 03 referem-se ao mesmo fato gerador, diz que entende e defende que as mesmas correspondem a obrigações acessórias distintas. A primeira pela não apresentação do livro Caixa e a segunda pela não apresentação de registros contábeis, extratos bancários e pagamentos dos alugueres. Também entende que não há nenhuma correlação destas multas com a multa aplicada de 70% vinculada a obrigação principal da infração 01.

Com relação à alegação defensiva de que a multa de R\$140,00 da infração 04, não foi explicitada a que DME e exercício fiscal foi prestada informação fiscal inexata, afirma que se refere a todos os períodos fiscalizados em que não foram declaradas as compras nas respectivas DME's.

E por fim, diz que o impugnante não apresentou nenhuma informação que modificasse seu entendimento, motivo pelo qual pede que o Auto de Infração seja julgado totalmente procedente.

A 2ª JJF converteu o PAF em diligência a ASTEC, para que fiscal estranho ao feito refizesse o levantamento fiscal levando em consideração as alegações defensivas e que, após a conclusão da diligência, que fosse dado ciência ao autuante e ao autuado para que se manifestassem.

O diligente apresentou parecer às fls. 657 a 659 no qual informa que para responder as indagações intimou o autuado para apresentação da documentação necessária à verificação: Livro caixa, extrato bancário da conta da empresa, duplicatas quitadas e outros documentos que comprovasse

a efetiva data de quitação das operações em questão. Disse que a primeira intimação foi feita ao titular da empresa o Sr. Jorge Humberto Souza Vilas Boas (fl. 665), e as seguintes sob a indicação do titular, ao Contador responsável pela escrituração da empresa o Sr Paulo César Cerqueira e Silva (fl. 664 e 666), mas que não obteve êxito para ter acesso à documentação.

Esclareceu que ficando impossibilitado de avaliar a fidedignidade das alegações do autuado, restou apenas analisar os elementos contidos no PAF e constatou que o autuante cometeu um equívoco na apuração dos saldos credores do caixa, pelo fato de que, nos meses em que foi apurado saldo devedor, o mesmo não foi transportado para o mês seguinte. Diz que elaborou novas planilhas de Auditoria do Fluxo de Caixa (fl. 661 a 663), nos mesmos moldes da que foi feita pelo autuante, corrigindo os equívocos retro-mencionados e elaborou um novo demonstrativo de débito (fl. 660) em que resultou em valor devido de R\$37.927,69.

A Inspetoria Fazendária expediu intimação em 06/10/2004 para o autuado para tomar conhecimento do resultado da diligência fiscal, conforme documento acostado à fl. 671, cujo AR (aviso de recebimento) à fl. 672 indica data de recebimento em 11/10/04, tendo lhe fornecido fotocópias das fls. 657 a 659 as quais foram juntadas ao PAF pelo diligente. Foi concedido prazo de 10 (dez) dias para se manifestar caso quisesse, fato que não ocorreu.

Conforme documento à fl. 673, foi juntado ao PAF em 15/10/2004 uma petição de um dos Patrono do autuado o Sr. Odonel Vilas Boas Junior-OAB 13.593 (incluído na procuração à fl. 619) em que indica novo endereço para fins de recebimento de correspondência e intimações: Avenida ACM, nº 3.259, Ed. Centro Empresarial Aurélio Leiro, Sala 503. Pituba, Salvador-BA, CEP 40.275-000.

Em 28/01/2005, conforme documento acostado à fl. 680, foi juntado ao PAF uma petição de um dos patronos do autuado, Sr. Vinicius Simões (incluído na procuração à fl. 619), em que renuncia os poderes que lhe foram conferidos, com base no art. 45 do CPC.

VOTO

O autuado inicialmente formulou pedido de realização de diligências para comprovar suas alegações e suscitou que vícios insanáveis no processo que conduziria a sua nulidade.

Quanto à realização de diligências, a mesma foi determinada pela 2ª JF (fl. 654). Não tendo o autuado atendido as diversas intimações feitas pelo diligente para entrega de documentos para certificar-se da veracidade de suas alegações, considero que foi atendido o seu pedido.

Deixo de acatar o pedido de diligência para anexar a íntegra das decisões exaradas pelo CONSEF, haja vista que são desnecessária para o deslinde da questão.

No que se refere ao pedido de nulidade, o impugnante alegou que os demonstrativos fornecidos pelo autuante não contêm os elementos suficientes para se defender, a exemplo dos valores lançados a título de “alugueres” e “Fornecedores não registrados”. Verifico que os valores computados a título de despesas foram fundamentados em documentos fornecidos pelo próprio autuado, a exemplo do valor mínimo estabelecido no contrato de aluguel acostado às fls. 28 a 44. Além disso, o autuado recebeu, mediante recibo, os demonstrativos e cópias das notas fiscais capturadas no CFAMT. Portanto, o autuado teve conhecimento das provas materiais juntadas ao processo e a oportunidade de se defender do que estava sendo acusado, motivo pelo qual não acato o pedido de nulidade.

Alegou que, a primeira infração deveria ser julgada nula pela falta de segurança e clareza do fato gerador, tendo em vista que foi “apurado saldo credor na Conta Caixa” e que mesmo que isto fosse verdadeiro (saldo credor), não é fato gerador do ICMS, por inexistência de amparo legal. Verifico que a legislação tributária do Estado estabelece que a constatação de saldo credor da conta caixa conduz a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96). Portanto, tal alegação não pode ser acatada, haja vista que é legal o procedimento fiscal.

Quanto à alegação de que está inscrito no Simbahia e que não existe previsão legal para exigência do ICMS pelo regime normal (infração 01), observo que, sendo constatada a prática de infrações de natureza grave, que é o caso presente, o imposto deve ser exigido nos moldes da apuração do regime normal nos termos do art. 19, § 1º da Lei nº 7.357/98.

Portanto, rejeito as preliminares de nulidade suscitadas na peça defensiva.

No mérito, o autuado apresentou uma defesa extensa acostada às fls. 570 a 617 em que pode ser resumida para fundamentar o pedido de improcedência da autuação, nas seguintes alegações:

Em relação à infração 01:

- a) O ICMS da infração 01, está sendo exigido em duplicidade, tendo em vista que o saldo credor apurado indica insuficiência de numerários e a omissão de saída, o ingresso de numerários e que a segunda ocorrência anula a primeira.

Tal alegação não pode ser acatada, tendo em vista que o imposto exigido nesta infração foi feito a título de presunção, ou seja, os valores do saldo credor de caixa apurada correspondem a receitas anteriores omitidas, e esta receita não foi oferecida à tributação do ICMS. Em se tratando de presunção é facultado ao autuado comprovar a sua ilegitimidade (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96), fato que não ocorreu.

- b) Não foi computado o saldo inicial da conta caixa no exercício de 2000 e que todas as compras foram computadas como se fossem à vista (inclusive as notas fiscais capturadas no CFAMT), o que conduziu à apuração de saldos credores.

O autuante rebateu tal alegação dizendo que o autuado não apresentou o livro caixa e os documentos solicitados mediante intimação para considerar o saldo inicial do caixa e as datas dos pagamentos. Indicou que, pelos demonstrativos acostados à fl. 117 que sempre o autuante considerou o pagamento no mês seguinte à data de aquisição das mercadorias, o que considero razoável.

O autuado foi atendido no pedido de diligência, no entanto deixou de entregar o livro Caixa e os documentos necessários que possuía para fazer prova de suas alegações. Portanto, o autuado teve a oportunidade de comprovar as datas efetivas dos pagamentos e, não o tendo feito, à vista do disposto no art. 142, do RPAF/99, 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.

- c) O Auto de Infração não indica de forma clara a base de cálculo e o método aplicado para apuração do imposto. Relacionou ementas de decisões do CONSEF.

Entendo que tal alegação não pode ser acolhida, tendo em vista que os demonstrativos juntados ao processo evidenciam com clareza o desencadeamento do roteiro de auditoria de caixa. Este procedimento fiscal é largamente aplicado e a prova de que o autuado entendeu de que estava sendo acusado são as alegações apresentadas, de que não foi considerado o saldo inicial da conta

caixa, que os pagamentos foram computados à vista, que a multa aplicada vinculada à infração é confiscatória, etc.

- d) Que o autuante restringiu-se apenas a apurar o movimento de numerários disponíveis na conta caixa e que o procedimento fiscal correto deveria ser a análise das disponibilidades.

Conforme ressaltado pelo autuante, a natureza da conta caixa é devedora, não podendo em nenhuma hipótese apresentar saldo credor. Dessa forma, pode ser desenvolvido o roteiro de auditoria da conta caixa isoladamente ou do total das disponibilidades. Não tendo o autuado apresentado o livro caixa e os extratos bancários, mesmo quando intimado, tanto no momento da fiscalização como da realização da diligência, o fisco ficou impossibilitado de verificar a legitimidade das suas alegações defensivas (art. 142 do RPAF/99).

- e) Do valor do imposto apurado na infração 01 deveria ser deduzido os valores do ICMS já pagos.

Tal alegação não pode ser acolhida, haja vista que o imposto foi exigido a título de presunção em que o saldo credor apurado corresponde a receitas anteriormente omitidas. O ICMS pago corresponde a operações que foram oferecidas à tributação e não pode ser compensado das receitas omitidas.

Ainda em relação à infração 01, em atendimento à diligência requerida pelo autuado, o diligente constatou que nas planilhas onde constam os levantamentos da Auditoria de Fluxo de Caixa elaborados pelo autuante não foi transportado para o mês seguinte o valor quando o saldo apurado ficou devedor. O diligente elaborou novas planilhas, corrigindo os equívocos cometidos pelo autuante e apresentou novas planilhas às fls. 661 a 663, tendo transportado os valores devidos mensais para o novo demonstrativo de débito acostado à fl. 660, em que resultou valor devido de R\$37.297,69 da infração 01.

O autuante (fl. 682) e o autuado (fl. 671) foram cientificados do resultado da diligência fiscal e não se manifestaram.

Dessa forma, acato o demonstrativo de débito apresentado pelo diligente à fl. 660, e julgo parcialmente procedente a infração 01, com valor devido de R\$37.297,69.

No que se refere às infrações 02 e 03, o autuado alegou que foram aplicadas duas multas de R\$460,00 com base na mesma tipificação legal, o que implica exigência em duplicidade, tendo em vista que o descumprimento da obrigação acessória foi a falta de apresentação de livros na primeira e de apresentação de documentos na segunda.

O autuante por sua vez, afirma que o impugnante deixou de cumprir duas obrigações distintas. A primeira pela falta da apresentação do livro caixa e a segunda pela falta de apresentação de documentos, a exemplo da falta de apresentação de extratos bancários e comprovantes de pagamentos de aluguéis.

Verifico que no documento acostada à fl. 09, o autuado foi intimado em 27/01/04 para apresentar a fiscalização livros e documentos fiscais. Foi reintimado em 11/02/04 (fl.10) para apresentar diversos documentos fiscais e novamente reintimado em 10/03/04.

Pelo exposto, verifico que o autuado foi intimado três vezes e deixou de exibir livros e documentos solicitados pela fiscalização, o que caracteriza a infração. Portanto, o autuado deixou de cumprir três intimações sucessivas referente à mesma exigência fiscal, devendo ser aplicado a multa de R\$90,00 (noventa reais), pelo não cumprimento da primeira intimação, R\$180,00 (cento e oitenta reais), pelo não atendimento da intimação feita posteriormente e R\$ 370,00 (trezentos e setenta reais), pelo não atendimento da intimação subsequentes conforme disposto no art. 42, XX,

“a”, “b” e “c” da Lei nº 7.014/96, no total de R\$640,00.

O autuado alegou também que a multa pelo descumprimento de obrigação acessória deveria ser absorvida pela multa do descumprimento da obrigação principal. Não acato essa alegação, tendo em vista que a multa de 70% aplicada na infração 01 refere-se à omissão de saída de mercadorias, enquanto as infrações 02 e 03 referem-se à falta de apresentação de livros e documentos, não se estabelecendo nenhuma correlação entre a infração 01 e a 02 e 03.

Pelo exposto, considero:

- a) procedente a infração 02, retificando a multa para R\$640,00;
- b) improcedente a infração 03, haja vista que se encontra absorvida pela penalidade imposta na infração 02.

Quanto à infração 04, o impugnante alegou que foi aplicada a multa de R\$140,00 pela declaração incorreta nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, mas que não foi indicado o ano a que se refere a penalidade, impedindo-o de se defender.

O autuante afirmou que a falta de indicação do período de prestação das informações “não prejudica o entendimento, simplesmente por existir compras omitidas em todos os períodos fiscalizados que não foram declaradas nas respectivas DME’s”.

Pela análise dos documentos constantes do PAF não constatei ter sido juntado nenhuma cópia das DME’s. Verifico que foram juntadas às fls. 45, 186 e 347 as cópias das Declarações de Imposto de Renda Simplificada relativo aos exercícios de 2000, 2001 e 2002, cujos valores declarados serviram de base identificar o faturamento do contribuinte que foram computados nos demonstrativos em que resultou a infração 01.

Observo também que foram juntadas diversas notas fiscais capturadas no CFAMT com os respectivos demonstrativos de documentos fiscais não apresentados e também demonstrativos em que foram relacionadas as notas fiscais apresentadas pelo autuado. Entretanto, não tendo sido juntadas ao processo as cópias das DME’s relativas ao período fiscalizado, ou pelo menos indicado os valores das compras por exercício registrados nas mesmas, entendo que o contribuinte ficou impossibilitado de se defender do que estava sendo acusado, nos termos do art. 18, IV, “a” do RPAF/99. Ressalto que a capitulação indicada da multa no art. 42, III da Lei nº 7.014/96 (70%) não guarda correlação com a descrição dos fatos. Caracterizada, portanto, imprecisão da acusação e, conseqüentemente, cerceamento do direito de defesa.

Diante do exposto, julgo nula a infração 04.

O autuado alegou que multa aplicada na infração 01 de 70% é confiscatória, fere os princípios da capacidade contributiva e o do não confisco nos termos do art. 150, IV da Constituição Federal/1988.

Ocorre que a multa aplicada à infração descrita no Auto de Infração tem previsão na Lei 7014/96 (art. 42, III), e não cabe a este órgão julgador declarar a inconstitucionalidade da legislação tributária estadual.

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 n.º 298943.0003/04-8, lavrado

contra **CABELÃO DISTRIBUIDOR DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.297,68** acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$640,00** prevista no art. 42, XX “a”, “b” e “c” da citada Lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de maio de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - RELATOR

ARIVALDO DE SOUZA PEREIRA-JULGADOR