

PROCESSO	- A. I. Nº 269440.0051/04-1
RECORRENTE	- MÃOS A OBRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0046-05/05
ORIGEM	- INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET	- 03/02/06

## RETIFICAÇÃO DE RESOLUÇÃO

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0004-12/06, de 23 de janeiro de 2006, conforme solicitação da GECOB/DÍVIDA ATIVA para que seja corrigida a multa de 60% para 50%, referente à infração 2, tendo em vista tratar-se de falta de recolhimento do ICMS antecipado devido por microempresa, de acordo com o art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96.

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0004-12/06-A

**EMENTA:** ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Suprimento na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração não elidida. Contestação sem lastro probatório. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração não contestada na 1ª Instância de julgamento. Afastada a arguição de nulidade do procedimento fiscal. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Recurso NÃO PROVADO. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, através do qual o sujeito passivo objetiva a modificação da Decisão contida no Acórdão nº 0046-05/05, que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado em 08/12/2004 para exigir o ICMS no valor de R\$13.113,54 acrescido das multas de 70% e 60% em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta Caixa (exercícios de 2000, 2001 e 2002) - R\$12.557,01;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (abril a julho 2000, setembro 2000, junho 2001, setembro 2001, abril 2002, junho e julho 2002 setembro e outubro 2002)- R\$556,53.

O julgador de 1ª Instância ao decidir a lide proferiu o voto a seguir reproduzido:

*“Verifico que o impugnante centrou sua defesa no argumento de que não lhe foi dada oportunidade, antes da lavratura do Auto de Infração, de demonstrar a regularidade tributária dos seus procedimentos perante o fisco estadual. Neste sentido invocou o princípio constitucional da legalidade, afirmou que houve cerceamento do seu direito de defesa e que o autuante extrapolou sua competência legal, já que vinculada à lei.*

*Analisando as peças que compõem o presente processo tenho que afastar as argüições de nulidade invocadas pelo impugnante, diante, inclusive, das determinações do art. 18, do RPAF/99. O sujeito passivo foi intimado, regularmente e no prazo de 48 horas, para apresentar livros e documentos fiscais em 10/11/2004 (fl. 10). Em 2/12/2004, novamente foram requeridos novos documentos. E, somente em 8/12/2004 foi lavrado o Auto de Infração. Portanto, se alguma explicação, porventura o autuado entendesse necessária para elucidação de qualquer problema, ele teve prazo mais do que suficiente. Além disto, a auditoria fiscal é realizada tendo por base a escrituração elaborada pelo próprio contribuinte, que, por obrigação deve espelhar fielmente todas as suas operações comerciais realizadas. No mais, o contribuinte teve, como exerceu, seu prazo de defesa para apresentar todas as provas contrárias à autuação. Assim, não vejo causa para se alegar cerceamento de defesa, afronta ao princípio constitucional da legalidade e, em momento algum, o autuante extrapolou os limites legais de sua competência.*

*Adentrando no mérito da acusação primeira do presente Auto de Infração, a exigência do ICMS tem por base omissões de saídas tributáveis apuradas através de saldo credor na Conta Caixa, conforme determinações do art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96. O autuante de posse das DME apresentadas pelo impugnante, por estar enquadrado no SimBahia, aquisições de mercadorias pagas em exercícios seguintes, imposto recolhidos e despesas de água e luz elaborou um demonstrativo das origens e aplicações de Recursos, recompondo, desta forma o caixa da empresa. Ao apurar, em todos os exercícios, o saldo credor, calculou o ICMS com alíquota de 17% pelos critérios normais de apuração e, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, foi garantido o direito ao contribuinte dos créditos fiscais utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado, conforme determina a Lei nº 8.534/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98 (§§ 1º e 2º do art 19 da citada Lei).*

*No caso presente, cabia ao impugnante trazer aos autos provas para desconstituir a presunção detectada. Não o fazendo, somente posso considerar subsistente a ação fiscal, ficando mantido o valor de R\$12.557,01 como ICMS exigido na infração 1.*

*A infração 2 exige o tributo, por antecipação e na qualidade de sujeito passivo por substituição, que não foi recolhido quando das aquisições, em outras unidades da Federação, de mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária. O autuado, de igual forma, não contestou o mérito da autuação. No entanto, na fase de instrução processual, foi verificado que não estava claro, nos autos, que a ele tinham sido apresentadas as cópias das notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT, bem como, dos levantamentos fiscais. Esta providência foi tomada por este Colegiado, inclusive sendo devolvido prazo de defesa ao contribuinte. Mais uma vez o defendente não se pronunciou. Diante da norma legal, somente posso manter a autuação no valor de R\$556,53.*

*Voto pela procedência do Auto de Infração no valor de R\$13.113,54”.*

Inconformado com a Decisão de 1<sup>a</sup> Instância, o contribuinte ingressou com Recurso Voluntário pedindo reforma do Acórdão exarado pelo Junta de Julgamento Fiscal.

Cinge-se o Recurso Voluntário à alegação de que as intimações promovidas pela autoridade fiscal em momento algum científicaram que contra o contribuinte seriam aplicadas multas pelo cometimento de infrações. Sustentou que a ação fiscal não observou o quanto disposto na Constituição Federal, por impossibilitar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Sustenta que o ato de lançamento padece de nulidade insanável pela ausência regular de intimação do contribuinte para o pleno exercício regular do seu direito de defesa. Afirmou que antecedendo a lavratura do Auto de Infração deveria a autoridade fazendária abrir prazo para que o contribuinte

pudesse expor suas razões ou requerer a dilação de prazo para apresentação de comprovantes ou até oportunizar a confissão espontânea, o que lhe reduziria as penalidades impostas. Disse que a penalidade aplicada é abusiva, pois nem mesmo vendendo todo seu estoque e acervo de bens, poderia pagar o valor da notificação. Trouxe para exame da Câmara de Julgamento Fiscal o Acórdão nº 0315-12/02, relacionado à Decisão que após diligência fiscal determinou a entrega de documentos em que se fundamentou a autuação e a consequente reabertura de prazo de defesa, fato que não foi observado na paradigma, levando a anulação da Decisão de 1º grau. Ao final, requereu que o Recurso fosse julgado Provido para se determinar a anulação do ato de lançamento.

A Procuradoria Estadual exarou Parecer nos autos, discorrendo que as infrações apontadas no lançamento de ofício são relacionadas à matéria de fato, produto de auditoria sistematizada, não havendo no Recurso Voluntário a juntada de contraprova que elida a presunção de legalidade da exigência fiscal. Afirma, ainda, que no Recurso Voluntário o contribuinte apenas repete as alegações da impugnação e não acrescenta nenhum documento novo ou produz novas provas que possam elidir as infrações, de forma que “*a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”. Logo, não há pertinência na nulidade alegada pelo autuado. Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, para manter a sentença da Egrégia Junta de Julgamento Fiscal.

## VOTO

O Recurso Voluntário se concentra na alegação de vício insanável do procedimento fiscal, sob o argumento que o agente fiscal não intimou previamente o contribuinte, antes de encerrada a ação fiscalizadora, para que o mesmo pudesse exercer o contraditório e a ampla defesa, inclusive para que pudesse avaliar a possibilidade de pagamento do tributo sem a aplicação de penalidades. Sustenta que a ação fiscal contraria normas e princípios da Constituição Federal.

De plano, é de se concluir que a nulidade suscitada pelo recorrente não tem amparo no ordenamento jurídico vigente, pois iniciada a ação fiscal o sujeito passivo fica impossibilitado de exercer a espontaneidade para efeito de pagamento de tributos não declarados ao fisco. Envolve o presente lançamento exigência de ICMS, tributo sujeito a lançamento por homologação, cabendo o contribuinte antecipar o pagamento para posterior revisão deste ato pela Administração Tributária. Nos termos do art. 28, § 1º, RPAF/99, o fisco tem 90 dias para concluir os procedimentos de fiscalização, devolvendo-se ao contribuinte, após este prazo, o direito de exercer a espontaneidade para pagar tributos acaso não recolhidos ou para regularizar a escrita fiscal evitando a aplicação pelos agentes do fisco das penalidades previstas em lei.

Determina a norma regulamentar em questão que os procedimentos de fiscalização devem ser iniciados com a lavratura de termos específicos, a fim de documentar o momento a partir do qual o contribuinte tem a obrigação de natureza instrumental (ou acessória), de entregar livros, documentos ou informações aos agentes do fisco, visando amparar o interesse da Administração Tributária de verificar se as obrigações fiscais foram corretamente cumpridas pelo sujeito passivo. A norma processual em análise alenca termos específicos em que deve se fundamentar a ação fiscal, entre eles o Termo de Início, a Intimação para apresentação de livros e documentos, o Termo de Apreensão de mercadorias ou documentos e o Termo de Arrecadação de livros ou documentos.

No caso em lide, a fiscalização lavrou termo de intimação, devidamente assinado pelo contribuinte, sendo que a partir deste ato procedural o recorrente passou a estar sob ação fiscal. Assim, não cabe a alegação de que o fisco deveria, devolver ao contribuinte, o exercício da espontaneidade para o pagamento de tributos acaso não recolhidos ou mesmo não lavrar Auto de Infração, aguardando que o sujeito passivo manifestasse as suas razões acerca dos resultados advindos da ação fiscal. Em relação a este aspecto, o CTN (Código Tributário Nacional), em seu

art. 142, parágrafo único, determina que a autoridade administrativa deve fazer o lançamento, apurada a infração à legislação tributária, sob pena de responsabilidade funcional do agente que se omitir de praticar de ofício o ato em questão, que se reveste da característica de ser vinculado e obrigatório.

Ademais, o direito ao exercício do contraditório e à ampla defesa foi assegurado neste processo, quando após a lavratura do Auto de Infração, ao sujeito passivo foi concedido, em cumprimento de disposição legal expressa, o prazo de 30 dias para impugnar o lançamento, direito este plenamente exercido, com a defesa protocolada pelo contribuinte e submetida à apreciação da Junta de Julgamento Fiscal, resultando na Decisão ora impugnada pelo recorrente.

Assim, com a fundamentação acima, afasto a nulidade argüida pelo sujeito passivo, pois o ato de lançamento não padece dos vícios apontados na peça recursal.

Quanto às questões de mérito, o recorrente nada de novo trouxe ao processo, nem mesmo produziu prova para contraditar os resultados apurados na ação fiscal, não afastando a presunção de legitimidade e legalidade do ato administrativo de lançamento. Diante disso, devo acompanhar o opinativo da Procuradoria Estadual, que não vislumbrou no Recurso interposto motivos capazes de alterar a Decisão de 1º grau, considerando que o recorrente limitou-se a negar o cometimento da infração, aplicando-se, ao caso, a regra estampada no art. 143, do RPAF/99, que textualmente diz: “*A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal*”.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal.

Processada a retificação da multa referente a segunda infração em atendimento a solicitação da GECOB.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269440.0051/04-1, lavrado contra MÃOS A OBRA MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$13.113,54, sendo R\$178,33 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$12.935,21 acrescido das multas de 50% sobre R\$378,20 e 70% sobre R\$12.557,01 previstas, respectivamente, no art. 42, I, “b”, 1 e III, da mesma lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE SALOMÃO OLIVEIRA DOS SANTOS - REPR. DA PGE/PROFIS