

PROCESSO - A. I. Nº 233081.0012/04-0
RECORRENTE - STOCCO & FILHOS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JFJ nº 0413-04/05
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJU
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0166-12/06

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração comprovada 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. No procedimento de diligência fiscal é feito o demonstrativo, excluindo parcelas pagas antes da ação fiscal. Infração parcialmente comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão da Junta de Julgamento. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, através o contribuinte impugna a Decisão de 1º grau que declarou a Procedência Parcial do Auto de Infração lavrado em 27/09/2004, para exigir ICMS no valor de R\$133.306,70, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. (Valor do imposto: R\$ 85.874,21; percentual da multa aplicada: 70%).
2. Recolheu a menor o ICMS, na Condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SIMBAHIA. (Valor do imposto: R\$ 47.432,49; percentual da multa aplicada: 50%).

A Junta de Julgamento Fiscal, ao decidir a lide fiscal, exarou o voto a seguir transcrito:

“Verifica-se da análise dos elementos constantes nos autos que, em momento algum, o sujeito passivo ficou impedido de exercer a ampla defesa e o contraditório, pois na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no artigo 39, do RPAF/99.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS, em decorrência de saldos credores apurados através da reconstituição da Conta Caixa, conforme demonstrado nas planilhas de fls. do PAF, o que indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02:

“O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de

saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”.

Na presente autuação, verifico que o saldo credor de caixa correspondeu aos valores encontrados após a discriminação de documento a documento, dos valores debitados e creditados na Conta Caixa, tudo conforme as planilhas anexas, já citadas.

Diligência realizada pela ASTEC, às fls. 279 282, constatou a ocorrência de equívocos, no levantamento, como segue:

No exercício de 1999, realizado o confronto entre a planilha, elaborada pelo autuante, às fls. 50 e 51, e a movimentação bancária, indicada pelos extratos bancários, ficou evidenciado que os suprimentos de caixa no mês de maio, totalizam o montante de R\$ 21.191,90, valores que foram apontados na planilha do autuante, e que não constam dos extratos bancários carreados aos autos pelo representante do fisco.

Ressalta que o autuado embora intimado a apresentar os demais extratos, não o fez, sob a justificativa de que o banco não os forneceu. Como o autuante também não apresentou os aludidos extratos alegando que não os possuía, procedeu à exclusão dos suprimentos acima mencionados. Sendo assim, o total da coluna “Dedução” da planilha “Suprimentos não comprovados – ajustado defesa”, disposta às fls. 247, passa de R\$ 7.576,20 para R\$ 28.768,10, o que implica o decréscimo do débito global relativo ao exercício de 1999 de R\$ 20.399,84 para R\$ 20.316,18.

Quanto ao exercício de 2000, após minucioso exame comparativo entre as fontes utilizadas pelo autuante, foi identificado somente um equívoco de R\$ 6.600,00, indevidamente considerado, no dia 12 de dezembro, referente à devolução de um depósito em cheque, na conta do contribuinte, não devendo, destarte, ser acolhido como crédito. Com esta exclusão, o total de R\$ 44.368,47, consignado na coluna “Valor ajustado com a defesa” na planilha “Suprimentos não comprovados”, passa para R\$ 37.768,47. Informa também que nos meses de novembro e dezembro foi aplicado o cálculo normal do imposto, levando-se em conta o percentual de 95% das operações tributáveis no período e tendo sido concedido o crédito de 8%, conforme prescreve a legislação pertinente. Dessa forma, o valor débito referente ao exercício de 2000 deve ser decrescido de R\$ 18.776,75 para R\$ 17.526,26.

Não constatou qualquer equívoco, com relação ao exercício de 2001.

Quanto ao exercício de 2002, afirma que houve consideração indevida do valor de R\$ 2.600,00, em 27 de dezembro, asseverando que o aludido crédito é decorrente do ajuste de lançamento e cheque devolvido e que, com a exclusão do seu valor, o total de suprimentos não comprovados em dezembro passa a perfazer o montante de R\$ 116.419,50.

Finalmente, informa que não houve erro, do autuante, no que tange ao exercício de 2003.

Concordo com o resultado apontado pelo diligente haja vista que o autuado não comprovou a origem dos Recursos, nem o recebimento dos valores, referentes às vendas e repasses para os donos dos barcos, bem com a alegada “comissão de intermediação”.

Ademais, o próprio autuado informou que as operações foram realizadas nos períodos anteriores, sem as comprovações devidas, embora não tenha havido a intenção de burlar o fisco estadual, bem como que os documentos requeridos ao banco não lhes foram disponibilizados.

Deste modo, prevalece o demonstrativo de débito da infração 01, elaborado pelo diligente às fls. 284.

O contribuinte em sua peça defensiva não trouxe elementos capazes de desconstituir o lançamento em questão, limitando-se a anexar um relatório com documentos que não comprovam a origem dos recolhimentos.

Tratando-se de empresa enquadrada no regime simplificado de apuração do imposto, SIMBAHIA, o autuante concedeu o crédito presumido de 8%, conforme disposição do art. 408-S do RICMS/97.

Quanto à infração 02, relativa ao recolhimento a a menor o ICMS, na Condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, o diligente constatou que, na verdade o valor a ser exigido é a ordem de R\$ 37.842,45, no que concordo, conforme a planilha de fl. 285.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

No Recurso Voluntário, o contribuinte, inicialmente, argüiu a nulidade do lançamento ao argumento de que o autuante se valeu de informações que estavam sob a proteção de sigilo bancário, pertinente à movimentação bancária da conta-corrente da empresa. Afirmou que a auditoria fiscal deveria se restringir ao exame dos livros e documentos fiscais, não se podendo presumir que a movimentação bancária da empresa comprove a existência de receitas tributáveis. Além disso, postulou a aplicação do regime simplificado na apuração do imposto autuado, requerendo, também a nulidade por entender haver afronta do lançamento à Lei Maior, ou seja, à Constituição Federal.

Argüiu a falta de elementos para caracterizar a infração por ter considerado o autuante depósitos na conta corrente do autuado como receitas de saídas de mercadorias tributáveis, argumentando que a movimentação bancária envolve Recursos de natureza diversa, inclusive capitais de terceiros e receitas decorrentes da atividade empresarial e civil.

No mérito, apontou que a origem dos Recursos financeiros encontra-se relacionada à venda de ativo imobilizado (barco de pesca), não havendo assim fato gerador do ICMS. Afirmou que procederia à juntada posterior de documentos ao PAF para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias. Afirmou ter dificuldades de apresentar documentos nesta fase do processo.

Argumentou que houve aplicação equivocada da alíquota de 17% em detrimento da legislação do SimBahia, ressaltando que infração cometida, apenas pela multa de 70% não poder ser considerada de natureza grave, cabendo somente a lei, nos termos do art. 97 do CTN, cominar a aplicação de penalidades, motivo pelo qual entende que a regra contida no art. 408-L do RICMS não pode ser aplicada ao caso em exame. Ademais, destaca a impossibilidade de apuração do imposto pelo regime normal em razão de não ter sido desenhado do regime simplificado, nos termos do art. 20, da Lei nº 7.357/98, que regula o regime do SimBahia.

Formulou pedido de Nulidade do Auto de Infração em apreço e no mérito, de Improcedência. Acaso não acatados os argumentos, requereu que o lançamento do imposto fosse ajustado à legislação pertinente às empresas de pequeno porte, vinculadas ao regime de tributação do SimBahia.

A Procuradoria Estadual, ao se manifestar no processo, observou que efetivamente restou demonstrado nos autos (fls. 264 e 165) que alguns depósitos feitos na conta corrente da empresa autuada não foram registrados em seu livro caixa. Destacou que o art. 2º, § 3º, II, do RICMS/97, preceitua a presunção de omissão de saídas quando se verifica a ocorrência de suprimentos de caixa de origem não comprovada. Disse que caberia ao contribuinte produzir a prova de que os valores não escriturados no livro caixa não derivavam de omissões de saídas de mercadorias tributáveis, contudo em nenhum momento o contribuinte assim agiu, afirmando, ainda, os comprovantes anexados ao processo não demonstram a origem daqueles recursos. Ressaltou que não há que se falar em violação ao sigilo bancário, uma vez que os extratos bancários analisados pelo auditor fiscal foram entregues pelo próprio autuado. Declarou ser infundada a argüição do autuado de que não poderia ser aplicada a alíquota de contribuintes normais no lançamento, já que inscrito no SimBahia, pois o art. 19 da Lei nº 7.357/98, c/c o art. 15, V, do mesmo diploma legal, estabelece que as empresas que venham a praticar infrações de natureza grave, elencadas

no Regulamento, perdem direito à utilização das alíquotas especiais na apuração do imposto, a partir da ocorrência desses fatos. Destacou que entre as infrações de natureza grave que conduzem ao cálculo do imposto pelo regime normal, encontra-se a infração ora em análise, razão pela qual o autuante, em face da disposição legal, constando a prática de uma infração grave, definida no RICMS, não poderia adotar outra medida que não fosse o lançamento do tributo, aplicando, tão-somente, a sanção prevista em lei.

Do exposto, concluiu que todas as correções a serem feitas no lançamento foram devidamente promovidas pela ASTEC em seu Parecer e acolhidas no acórdão recorrido, e opinou pelo Não Provedimento do Recurso Voluntário, ratificando a Decisão da 4ª Junta de Julgamento Fiscal.

VOTO

Afasto a arguição de nulidade do procedimento fiscal, por ter a fiscalização se pautado na análise dos extratos bancários da empresa, que argumenta a proteção dessas informações por sigilo bancário, pois os referidos extratos foram entregues ao fisco pelo contribuinte, que dessa forma não pode alegar qualquer vício do procedimento fiscal. Não fica restrito o poder de fiscalização, na seara tributária, ao exame da escrita fiscal e contábil dos contribuintes, sendo válida a apuração de infrações com base em qualquer prova admitida em direito. No caso presente, os extratos bancários, que revelam depósitos na conta corrente do sujeito passivo sem correspondente lançamento no livro caixa, é prova válida, e neste caso específico, os documentos em questão chegaram às mãos do fisco mediante entrega do próprio contribuinte.

No que tange à alegação de invalidade do procedimento em razão do imposto ter sido apurado pelo regime normal, também não merece acolhida a tese do recorrente. A sistemática da apuração do imposto, após novembro de 2000, foi alterada, em razão da infração imputada ao sujeito passivo ter sido classificada pela lei de natureza grave, impondo o lançamento pela sistemática de apuração normal, com a concessão do crédito de 8%, conforme estabelece art. 19 da Lei nº 7.357/98, c/c o art. 15, V, do mesmo diploma legal, que prescreve a regra no sentido de que as empresas que venham a praticar infrações de natureza grave, elencadas no Regulamento, perdem direito à utilização das alíquotas especiais na apuração do imposto, a partir da ocorrência desses fatos. É, portanto, infundada a arguição de nulidade do lançamento, pois o agente fiscal não poderia adotar outra medida que não fosse o lançamento do tributo, aplicando, tão-somente, a sanção prevista em lei. Somente em relação aos fatos geradores anteriores a novembro de 2000 é cabível a aplicação do regime simplificado na apuração das infrações fiscais, tendo sido este o procedimento adotado pelo autuante, quando lavrou o Auto de Infração, apurando o débito do item 1 pelos critérios do regime normal, com concessão do crédito de 8% e adotando os critérios do SimBahia, no item 2, em cumprimento da legislação acima mencionada.

No que se refere ao mérito, também não merecem acolhida as argumentações defensivas. A existência de depósitos feitos na conta corrente da empresa autuada, sem os correspondentes registros no seu livro caixa e sem a demonstração da origem dos recursos, estabelecem, nos termos art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 e do art. 2º, § 3º, II, do RICMS/97, a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Nessas circunstâncias, se há ingresso de recursos financeiros no patrimônio da empresa, a lei presume que os mesmos são originários de operações de venda de mercadorias sem emissão dos correspondentes documentos fiscais. Caberia, então, ao contribuinte produzir a prova de que os valores não escriturados no livro caixa não derivavam de omissões de saídas de mercadorias tributáveis. Todavia, nenhuma prova documental foi apresentada no processo a fim de elidir a acusação, limitando-se o recorrente a juntar comprovantes de depósito que não demonstram a origem daqueles recursos, prova esta produzida na 1ª Instância. Na peça recursal, alegou que os depósitos teriam origem na venda de ativo fixo da empresa, mas não produziu a prova documental que atestasse a ocorrência da mencionada venda.

Assim, ante o exposto, concluo que as correções que deveriam ser efetuadas no lançamento foram devidamente promovidas pelo julgador de 1º grau, com base em Parecer da ASTEC/CONSEF, não havendo outras razões que justifiquem a alteração do Acórdão recorrido, motivo pelo qual o voto é pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso do Voluntário.

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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 233081.0012/04-0, lavrado contra **STOCCO & FILHOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$123.451,71**, sendo R\$37.581,40, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$85.870,31, acrescido das multas de 50% sobre R\$261,05 e 70% sobre R\$85.609,26, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS