

A.I. Nº - 206925.0007/05-1
AUTUADO - SEED COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO CARLOS RIBEIRO FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 23. 05. 2006

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0167-04/06

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. 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 caracterizada. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DESENCONTRO ENTRE O VALOR RECOLHIDO E O ESCRITURADO NO LIVRO DE APURAÇÃO DO ICMS. Infração não contestada. 3. LIVROS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. Infração mantida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/12/2005, exige ICMS e multa no valor total de R\$ 147.747,37, em virtude das seguintes irregularidades:

- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, no valor de R\$ 142.126,46, referente aos exercícios de 2000 a 2004.
- Recolheu a menos ICMS, no valor de R\$ 5.160,91, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS.
- Deixou de apresentar Livro Fiscal, quando regularmente intimado. Falta de apresentação do Livro Caixa devidamente escriturado com as operações referentes ao período de Jan/2000 a Jul/2004, quando o contribuinte estava enquadrado como microempresa ou empresa de pequeno porte.

Através de advogado legalmente constituído, o autuado apresenta impugnação, às fls. 212 a 227 do PAF, argumentando inicialmente que não consta no referido processo o Termo de Início de Fiscalização, elemento fundamental a consecução da autuação, conforme dispõe os artigos 28 e 29 do RPAF/99. Em seguida, descreve os citados artigos e informa que além de infringir formalidade essencial do auto de infração, tal falha viola o direito de defesa da autuada ou seu próprio direito subjetivo de fazer denúncia espontânea, devendo ser declarada sua nulidade por esta razão.

Aduz que não lhe foi entregue as cópias dos documentos que consubstanciam a referida autuação, papéis indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no Auto. Descreve o art. 46 do RPAF/99 e diz que a falta deste procedimento é caso que enseja a nulidade do lançamento fiscal, por cerceamento do direito de defesa e violação ao princípio do contraditório. No mérito, em relação a infração 01, Saliencia que o fato do auditor fiscal trazer aos autos meras alegações não é capaz, por si só, de gerar os efeitos pretendidos contra a empresa. Cita o art. 333 do CPC e afirma que o autuante não se desincumbiu do ônus que lhe cabia de comprovar as

alegações, preferindo lavrar um auto de infração pautado em presunção, o que é inadmissível em direito.

Ressalta que a multa de 70% é confiscatória e que a Constituição Federal de 1988, veda o emprego do confisco tributário. Entende que este percentual sobre o valor total do débito, perfaz um valor exorbitante que, hoje, nada condiz com a realidade econômica brasileira, propiciando enriquecimento ilícito, fato que o Direito abomina e repudia.

Continua a sua defesa afirmando que mesmo antes do art. 150, inciso V da Constituição Federal de 1988, o STF sempre repeliu a cobrança de multa com caráter confiscatório. Transcreve o entendimento de juristas sobre a matéria.

Alega que a autuação se lastreia em fatos inexistentes e em virtude disso, requer a realização de diligência, nos termos do art. 145 do RPAF, a ser realizado por preposto fiscal diverso do autuante.

Ressalta que a empresa autuada, até junho/2005, era optante do SIMBAHIA e, assim sendo não estaria obrigada a escriturar livros de registros de entradas e apuração do ICMS. Transcreve decisões deste Conselho sobre o assunto.

Por fim, requer a nulidade do Auto de Infração ou, caso ultrapassadas as preliminares, que no mérito seja julgado improcedente.

O autuante, em sua informação fiscal, folhas nº 233 a 237, esclarece que vários autos de infração já foram lavrados contra o autuado, conforme atesta o relatório do sistema da SEFAZ. Informa que o processo nº 243097/2004-1, em anexo, comprova que o citado contribuinte teve um grande volume de documentos fiscais apreendidos, pois, foi constatado, por meio de denúncia, que o estabelecimento, usuário de ECF, utilizava software específico para reduzir os preços dos itens das mercadorias constantes dos cupons fiscais e fitas detalhes, a valores insignificantes, impossibilitando, inclusive, a determinação da base de cálculo real do ICMS.

Assevera que o aludido processo foi encaminhado à INFAZ-Varejo para as devidas averiguações e apurações do imposto sonegado e que muito embora houvesse a indicação inicial para apuração mediante somatório de fitas detalhes, ficou constatada a inviabilidade, pois, os preços dos itens de mercadorias foram adulterados e reduzidos a valores irrisórios, por este motivo, optou-se pela aplicação do roteiro de Auditoria da Conta Caixa.

Salienta que o impugnante ao transcrever o art. 28 do RPAF, omitiu o inciso II que dispensa a lavratura do termo de início de fiscalização quando houver a emissão do Termo de Intimação para apresentação de Livros e Documentos, o que foi efetuado pela fiscalização, conforme cópia à folha 121 do processo.

Quanto à alegação de que não foram entregues as cópias dos levantamentos e demonstrativos, diz que foi dada ciência ao representante legal da empresa no momento da assinatura do Auto de Infração e foi declarado pelo mesmo o recebimento de todas as cópias dos documentos, conforme folhas 08 à 17, 32 e 117 deste PAF.

Em relação ao mérito, ressalta que a autuação está abalizada nos levantamentos fiscais, efetuados com base na documentação da empresa e que é obrigação da mesma guardar, enquanto houver demanda sobre os fatos. Afirma que a defesa nada apresentou para corroborar as suas alegações, limitando-se a apontar erros inexistentes, sem conseguir sequer dizer que erros foram esses.

Sobre a alegação da autuada de que no período autuado era contribuinte SIMBAHIA e portanto, desobrigada da escrituração de Registro de Entradas e Registro de Apuração do ICMS, diz que a infração 02 refere-se ao período em que a empresa já estava enquadrada como Normal e que na infração 03, de acordo com o art. 408-C do RICMS/BA dentre as obrigações estipuladas para as

microempresas e empresas de pequeno porte está a escrituração do Livro Caixa, com registro da movimentação financeira, inclusive bancária.

Ao final, solicita o julgamento totalmente procedente do Auto de Infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em decorrência de três irregularidades quais sejam:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa.
2. Recolhimento a menos ICMS, em decorrência de desencontro entre o valor do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS.
3. Multa por falta de apresentação do livro Caixa, quando regularmente intimado.

Em relação às alegações pertinentes à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, ressalto que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador.

Quanto à diligência suscitada pela defesa, entendo não ser necessária, pois os elementos constantes nos autos são suficientes para a formação de meu convencimento de julgador, ao teor do disposto no art. 147, I “a”, II, “b” do RPAF/99.

Na primeira preliminar de nulidade, o impugnante argumenta que o preposto fiscal não lavrou o Termo de Início de Fiscalização ao iniciar o procedimento fiscal, elemento fundamental a consecução da autuação, conforme dispõe os artigos 28 e 29 do RPAF/99, violando o direito de defesa ou seu próprio direito subjetivo de fazer denúncia espontânea.

Conforme dispõe o art. 28, inciso II do RPAF/99, a lavratura do Termo de Intimação para apresentação de livros e documentos, dá início à ação fiscal e dispensa o termo de Início de Fiscalização. Como pode ser observado à página 121 deste processo, o referido Termo de Intimação foi lavrado e assinado por representante da empresa, em 03/12/2005.

A segunda preliminar de nulidade suscitada pelo autuado refere-se à falta de entrega de cópias dos documentos que consubstanciam a referida autuação.

Ao analisar as peças constantes do referido processo, constatei que às folhas 08 a 17, onde estão apresentados os demonstrativos do fluxo da empresa, consta a assinatura do contribuinte ou representante da empresa confirmando o recebimento de cópias, em 29/12/2005. À folha 32, o preposto da empresa declara que recebeu os disquetes contendo os dados das notas fiscais de entradas dos exercícios de 2000 a 2004, enquanto que a pág. 117 confirma que recebeu o demonstrativo de Auditoria da conta corrente.

Tendo em vista que o autuado confirma que recebeu cópias dos demonstrativos e levantamentos acostados aos autos e considerando que o autuante informa que se utilizou das notas fiscais entregues pelo contribuinte na ação fiscal para embasar sua autuação, não havendo contestação na defesa quanto a este fato, entendo que não procede o pedido de nulidade requerida.

Quanto ao mérito, na 1ª infração entendo que restou comprovada, uma vez que o autuado não apresenta em sua defesa, nenhum documento que comprove a improcedência da presunção, e de acordo com o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, “o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimientos 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”.

Quanto à infração 02, o Demonstrativo da Conta Corrente do ICMS, apurado pelo sistema SAFA da SEFAZ, anexo à pág. 117, acusa que o autuado recolheu a menor o imposto no período de 08 e 11 de 2004, no valor de R\$ 5.160,61, sendo que o mesmo não contesta em sua defesa, devendo ser mantido na autuação.

Na infração 03, o contribuinte alega que era optante do SIMBAHIA no período autuado, portanto desobrigado da escrituração de Livros Fiscais, entretanto, o art. 408-C prevê dentre outras obrigações aos optantes desse regime, a escrituração do Livro Caixa, com registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, tratando-se de empresa de pequeno porte e micro empresa com receita bruta ajustada superior a R\$ 30.000,00. Quanto à multa aplicada, observo que está correta, pois está prevista na legislação em vigor.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206925.0007/05-1**, lavrado contra **SEED COMERCIAL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 147.287,37**, sendo R\$15.657,90, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$131.629,47, acrescido das multas de 70% sobre R\$126.468,56 e 60% sobre R\$5.160,91, previstas, respectivamente, no art. 42, III e II, “b”, da mesma lei citada, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV da citada lei, e dos acréscimos moratórios correspondentes, de acordo com a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR