

PROCESSO - A. I. Nº 232957.0006/07-2
RECORRENTE - JOSÉ IRANILDO ANDRADE DOS SANTOS (CEREALISTA LUA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0005-03/09
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 19/11/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0332-12/09

EMENTA: ICMS. 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Rejeitada a preliminar de nulidade. Indeferido o pedido de perícia fiscal. Decisão recorrida mantida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Tratam os autos de Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo contra a Decisão proferida pela Junta de Julgamento Fiscal que julgou o presente Auto de Infração Procedente. O lançamento fiscal foi lavrado para imputar ao sujeito passivo a prática das seguintes infrações à legislação do ICMS deste Estado:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia. Valor da Infração R\$ 729,60;

INFRAÇÃO 2 – Recolhimento a menor de ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração de ICMS – SimBahia. Total do débito R\$ 95,81;

INFRAÇÃO 3 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Valor de Infração R\$ 222.742,58;

INFRAÇÃO 4 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação relacionadas no anexo 69 e 88. Valor do débito R\$ 43.738,82;

INFRAÇÃO 5 – Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação relacionadas no anexo 69 e 88. Valor do débito R\$ 785,40;

INFRAÇÃO 6 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Micro Empresa). Valor do débito R\$ 280,00.

A JJF ao analisar a impugnação interposta pelo sujeito passivo, afastou a preliminar de nulidade aduzindo que *“Auto de Infração preenche todas as formalidades legais, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos”*.

No tocante à nulidade da infração 3 asseverou que *“o autuado entendeu os cálculos, se defendeu e apresentou impugnação ao lançamento, tratando dos fatos que ensejaram a exigência fiscal, citando parcelas que entende serem computadas com inconsistências, se referindo ao levantamento fiscal. Assim, quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo defendente, constatee*

que o PAF está revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração”.

Quanto ao requerimento de realização de perícia, o mesmo foi indeferido com base no art. 147, inciso II, do RPAF/99, sob o fundamento de que *“a prova pretendida não depende do conhecimento especial de técnicos, sendo desnecessária em vista de outras provas produzidas. Ademais, por determinação deste órgão julgador, foi realizada diligência fiscal por preposto da ASTEC, e foi dado conhecimento ao contribuinte quanto ao resultado da mencionada diligência.”*

No mérito, aduziu que, conforme a leitura da impugnação, constata-se que apenas houve impugnação quanto à infração 3, sendo reconhecidos como devidos os valores apurados nas demais infrações.

Manteve a infração 3 baseado no resultado da diligência realizada pela ASTEC deste CONSEF, o qual teve as seguintes conclusões:

- 1) *“Quanto ao saldo inicial de caixa do exercício de 2004, no valor de R\$60.000,00 (fl. 22), o autuado não apresentou documento que comprove a origem desse saldo.*
- 2) *Os saldos iniciais de 2005 e 2006 são conseqüências dos lançamentos anteriores, cujos documentos não foram apresentados ou não dão suporte para o lançamento.*
- 3) *Quanto às receitas provenientes de locação de veículos, o autuado apresentou segundas vias dos recibos (fls. 571 a 617) e tais recibos não comprovam o ingresso através de recebimentos de dinheiro no caixa do estabelecimento, porque não são documentos fiscais e foram produzidos pelo próprio autuado, e porque não há extratos bancários comprovando os vultosos recebimentos de dinheiro vindos de outra Unidade de Federação. Diz que o autuado contratou financiamento, recebendo crédito na conta corrente de nº 9.929-5, agência Bradesco, conforme fls. 148 dos autos, mas não apresentou extrato comprovando a movimentação dos valores recebidos a título de locação.*
- 4) *o defendente deixou de apresentar o contrato nº 1 da Comercial Quemany citado nos diversos Recibos de Locação emitidos pelo autuado e acostados aos autos, e também não apresentou os comprovantes das receitas provenientes de operações de locação de veículos, nem documentos comprobatórios das origens do saldo inicial de caixa no exercício de 2004.*
- 5) *Em relação às aquisições de veículos a prazo, o autuado apresentou os registros no seu livro Caixa acostado ao PAF e não especificou qualquer erro da fiscalização, nem apresentou as provas de suas alegações.*
- 6) *Quanto aos documentos fiscais apresentados pelo contribuinte, há diversas inconsistências, além daquelas que já foram mencionadas: a) os recibos de locação de veículos de fls. 571/617, além de não estarem acompanhados das provas de recebimento/pagamento, com seu respectivo ingresso no caixa ou na conta bancária, alguns foram originados de contratos celebrados em épocas cujos objetos não existiam na posse nem na propriedade do autuado; b) não constam no PAF documentos de aquisição dos veículos de placa JQF 3479, objeto do contrato de locação de nº 2 (fls. 423/425); JQU 3440 e JQU 3441, objetos do contrato de locação nº 2, datado de 01/05/2006 (fls. 435/437); c) também não consta no PAF o contrato nº 1, celebrado com a Comercial Quemany Ltda.*

Em sua conclusão, o diligente salienta que o autuado não apresentou qualquer demonstrativo ou documento comprobatório de suas alegações capaz de alterar os levantamentos efetuados pela fiscalização.”

Sustentou que: *“a falta de apresentação dos elementos de controle e de documentos comprobatórios das alegações defensivas inviabilizou o diligente apura a possibilidade de existência de outro resultado no levantamento fiscal, e o diligente utilizou os elementos disponíveis na apuração das divergências apontadas. Portanto, no Parecer ASTEC Nº 142/2008, o diligente concluiu que foram mantidos os resultados apurados nos demonstrativos da fiscalização.”*

Prosseguindo o voto, o relator da Decisão guerreada sustentou que:

“...trata-se de exigência de imposto por presunção legal, o que poderia ser elidido pelo sujeito passivo, tendo em vista que neste caso, inverte-se o ônus da prova, cabendo ao impugnante exibir provas de que não cometeu a infração, nos termos do art. 123 do RPAF/99, não cabendo a este órgão julgador buscar provas, cuja obrigação de apresentação é do sujeito passivo, constituindo as alegações defensivas meras negativas do cometimento da infração, conforme art. 143 do mencionado Regulamento.

O defendente alegou que em nenhum momento o diligente compareceu ao estabelecimento do contribuinte, tendo sido realizadas todas as intimações no escritório de advocacia que defende o autuado. Apresenta o

entendimento de que, “não há na legislação estadual ou no regulamento do ICMS imposição para que o contribuinte detenha conta bancária ou submeta-se ao pagamento de CPMF ou IOF e outros”. Diz que a legislação impõe que seja realizada a escrituração fiscal, o que foi feito, e esta documentação é que deve ser analisada.

Quanto à primeira alegação, observo que a intimação para apresentação de livros e documentos fiscais pode ser efetuada ao sujeito passivo, seu representante legal ou seu preposto. No caso em exame, foi intimado o representante legal do autuado (fls. 626/628), conforme Procuração à fl. 421, conferindo poderes específicos para representar o autuado. Portanto, inexistiu qualquer irregularidade nas intimações realizadas.

Em relação ao argumento de que não foram comprovadas as movimentações financeiras por meio de contas bancárias, tal observação foi efetuada em decorrência dos valores constantes nos recibos apresentados pelo defendente (fls. 571 a 617), encontrando-se recibos nos valores expressivos, a exemplo de R\$10.000,00, R\$12.000,00, R\$18.000,00 e R\$80.000,00. Neste caso, entende-se que tais recebimentos devem ter sido movimentados em instituições bancárias; registrados em livro Caixa e realizada a sua escrituração contábil.

Quanto ao argumento relativo ao pagamento de CPMF e IOF, são tributos da competência da Receita Federal, inexistindo qualquer atuação no âmbito desta SEFAZ.

O autuado apresenta o entendimento de que há impropriedade de aplicação da taxa selic como índice para acréscimo moratório nas infrações 01 a 06, assegurando que a mesma está eivada de inconstitucionalidade, devendo ser excluída do montante do débito exigido.

Relativamente à taxa SELIC, não obstante as alegações defensivas, a mencionada taxa é prevista no inciso II, do § 2º, do art. 102, da Lei nº 3.965/81 (COTEB), não cabendo a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade, nos termos do art. 167, I, do RPAF/99.

Acatando o PARECER ASTEC Nº 149/2008, concluo que está caracterizada a irregularidade apurada na infração 03, ficando inalterado o valor originalmente exigido.

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

O sujeito passivo inconformado com a Decisão proferida em primeira instância, ingressou com o presente Recurso Voluntário, argumentando em sede de preliminar a nulidade da infração 3, sob o fundamento de que não foram considerados elementos essenciais na auditoria de caixa, tais como os registros contidos no “livro caixa (pagamentos recebidos pelo Recorrente pela locação de veículos indicado no LIVRO CAIXA nos exercícios de 2004 a 2006, e não indicou o saldo inicial para o exercício de 2004 e seguintes) e considerou aquisição de veículo como pagamento à vista quando se deram a prazo.” Segundo o recorrente a auditoria de caixa foi elaborada com elementos estranhos à contabilidade e escrita fiscal do recorrente.

Alega que a auditoria de caixa, na forma em que foi feita, deve ser declarada nula, vez que a mesma não atendeu aos métodos normais de fiscalização o que impossibilitou o pleno exercício da defesa do recorrente, além de não determinar com segurança o cometimento de qualquer infração à legislação tributária. Sustenta que, o CONSEF tem entendimento consolidado no sentido de se julgar nulas as Decisões proferidas com preterição do direito de defesa. Para fundamentar a sua tese defensiva, cita trechos de Lei e ementas de julgados do CONSEF e do Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo.

No mérito, continua se insurgindo contra o método de auditoria utilizado na infração 3, aduzindo que o autuante “não considerou em seu levantamento o saldo inicial para o exercício de 2004 e seguintes, não considerou receitas escrituradas a título de locação de veículo, bem como considerou aquisições de veículos à vista, quando se deram à prazo, o que gerou diferenças nos exercícios indicados”.

Quanto à diligência realizada durante a instrução do feito em primeira instância, asseverou que não foi considerado o saldo inicial de R\$ 60.000,00, no exercício de 2004. Segundo o Sujeito Passivo, se houve divergência de valores por falta de localização de todos os recibos, provas de aquisição de alguns dos veículos, “tal fato não quer dizer que os lançamentos não são aptos, afasta-se apenas o que for divergente”.

Continua asseverando que não há na legislação previsão de que os contratos de locação de veículos devam ser registrados em cartórios de títulos e documentos, tanto que não há qualquer empresa no ramo com este procedimento.

Argumenta que a diligência foi realizada “pró forma”, pois tenta sustentar uma ação fiscal

descabida e sem qualquer embasamento técnico, posto que todo lançamento fiscal deve conter provas das alegações, conforme reza o artigo 41 do RPAF/BA.

Volta a sustentar que *“é impossível proceder-se qualquer levantamento de “estouro de caixa” sem considerar todos os elementos da CONTA CAIXA, principalmente quando foram desconsiderados o saldo inicial para o exercício de 2004 e seguintes, não considerou receitas escrituradas a título de locação de veículo, bem como considerou aquisições de veículos à vista, quando se deram à prazo, o que gerou diferenças nos exercícios indicados.”*

Alegou que a auditoria na forma em que foi realizada exige ICMS sem a comprovação material da ocorrência do fato gerador do tributo, ocasionando na apuração de um imposto através da utilização de uma presunção legal, o que é insustentável em tema de tributos.

Assevera que o fato do autuante não ter *“procedido e considerado todos os elementos da escrita fiscal, como o saldo inicial para o exercício de 2004 e seguintes, não considerou receitas escrituradas a título de locação de veículo, bem como considerou aquisições de veículos à vista, quando se deram à prazo, o que gerou diferenças nos exercícios indicados, não há como consubstanciar uma aquisição de disponibilidade econômica ou mesmo jurídica nos exercícios considerados, isto é, uma diferença de mercadorias na saída sem pagamento do imposto, omitido do conhecimento do FISCO Estadual, segue-se que o AI exige ICMS baseado em presunção fiscal totalmente incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária.”*

Tece comentário acerca da vinculação do lançamento de ofício, aduzindo que o mesmo deve estar subordinado à observância de todos os pressupostos materiais e processuais em conformidade com a Lei. Asseverou que *“a invocação de motivos inexistentes ou incorretamente qualificados vicia o ato, e se a lei expressamente impõe a obrigação de enunciar os motivos, o ato será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam”*.

Para fundamentar a sua tese defensiva, cita trechos de doutrina de Ives Granda Martins, e ementas e trechos de julgados deste E. CONSEF, sob a matéria em questão.

Findas as argumentações quanto à impropriedade acerca do levantamento fiscal da infração 3, impugnou a aplicação da taxa SELIC como índice de acréscimo moratório nas infrações 1 a 6.

Segundo o autuado *“a Taxa SELIC é manifestamente ilegal e inconstitucional uma vez que fere os institutos do princípio da legalidade (art. 150, I, da CF), anterioridade (150, III, “b” da CF), anterioridade nonagesimal (art. 195, § 6º, da CF), da indelegabilidade de competência tributária (arts. 48, I, e 150, I, da CF) e da segurança jurídica (inserido em vários incisos do art. 5º da CF) como será disposto ao longo desta peça vestibular.”* Continua a discorrer a sua tese defensiva, transcrevendo trechos de Lei e julgados de Tribunais Superiores e ao final requer seja reconhecida a inconstitucionalidade da referida taxa como índice de correção dos créditos tributários apurados.

Por fim, requer a realização de diligência, a fim de que o recorrente possa demonstrar os equívocos perpetrados pelo fiscal autuante. Tece diversos comentários acerca da necessidade da realização de diligência e a sua produção no processo tributário.

Ao final de sua súplica recursal, requer o acolhimento da preliminar de nulidade da infração 3, e caso não seja acatada a referida preliminar, pugna pela realização de diligência, a ser realizada por fiscal estranho ao feito e, posteriormente, seja conhecido e provido o Recurso Voluntário para julgar improcedente o Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, ao se manifestar sobre o Recurso Voluntário, após relatar os principais fatos ocorridos no PAF, afasta a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, aduzindo que não verificou a ocorrência de preterição de direito de defesa, ao contrário, o autuado fora intimado quando da lavratura do Auto de Infração para apresentação de defesa e, posteriormente, com a conversão do feito em diligência fora intimado para se manifestar acerca do Parecer revisor.

Disse, ainda, que a infração 3 foi apurada através do roteiro de fiscalização correto, previsto na

legislação tributária deste Estado e lastreado em documentos que comprovam a presunção legal.

Quanto ao mérito do lançamento de ofício, destacou que o recorrente apenas se insurgiu contra a infração 3, cuja a presunção legal encontra-se amparada no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, onde prevê que, quando a escrituração indicar saldo credor de caixa, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, constituindo-se fato gerador do tributo.

Disse que a legislação do ICMS é clara em afirmar que a presunção legal de omissão de saídas persiste enquanto o contribuinte não lograr elidi-la, mediante produção de prova que lhe cabe, mas que, não foi trazida aos autos pelo recorrente.

Sustenta, ainda, que o autuado, em sede de Recurso Voluntário, mantém a argumentação já analisada pelo diligente fiscal e que foi insuficiente para afastar a presunção legal.

Quanto à diligência requerida pelo sujeito passivo, opina pelo seu indeferimento, com fundamento no art. 147 do RPAF, aduzindo que o recorrente busca a reanálise dos mesmos documentos e argumentações que já foram apreciados nos autos, através do Parecer ASTEC nº 149/2008.

No que concerne à irrisignação do recorrente em relação à aplicação da taxa SELIC, disse que a referida taxa encontra-se prevista no art. 102 do COTEB.

Por fim, aduz que o julgamento de Primeira Instância administrativa apreciou todas as questões ventiladas no Auto de Infração e que a Decisão recorrida não merece qualquer reforma, motivo pelo qual opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Compulsando os autos, pode-se facilmente constatar que reparo algum carece a Decisão guerreada. Inicialmente, sustenta o sujeito passivo pela nulidade da infração 3, sob o fundamento de que a auditoria levada a efeito pela fiscalização deixou de considerar dados essenciais, tal como o saldo inicial do exercício de 2004, bem como considerou a aquisição de veículos a vista, quando a prazo foram.

Ao contrário do quanto afirmado pelo recorrente, o levantamento de caixa levado a efeito pelo fiscal autuante encontra-se correto, vez que apresentou todos os dados necessários para se determinar com segurança a infração e o infrator, não havendo qualquer vício que pudesse macular o lançamento.

Ressalte-se, ainda, que o sujeito passivo entendeu perfeitamente os fatos que lhe estavam sendo imputados e que durante a instrução do feito, em Primeira Instância administrativa, foi realizada uma diligência, a fim de constatar a veracidade das alegações trazidas pelo autuado, a qual não alterou o valor do débito ante a ausência de provas colacionada aos autos. Desta forma, rejeito a preliminar suscitada.

No tocante ao mérito do Auto de Infração, observo que o autuado apenas se insurge contra a auditoria levada a efeito na infração 3 e, quanto as demais infrações, inclusive a 3ª, apenas impugna a aplicação da taxa SELIC como índice de correção.

A infração 3 foi baseada numa auditoria de conta caixa, onde foi aplicada uma presunção de saídas de mercadorias com fundamento no §4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, o qual prevê que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto.

A presunção adotada no presente caso, admite prova em contrário, porém esta prova deve ser produzida pelo sujeito passivo. No presente caso, constata-se que o recorrente, em todas as fases processuais não se incumbiu em colacionar provas que pudessem elidir a presunção legal que lhe recaía. As meras alegações de que não cometeu a infração, ou que o levantamento fiscal não levou em consideração alguns itens importantes, sem ao menos indício de prova, não é capaz de elidir a infração.

Em Primeira Instância, quando foi realizada diligência fiscal, com o objetivo de se apurar a veracidade das alegações trazidas pelo autuado, observa-se que este não conseguiu comprovar suas alegações, tanto que, após a realização da referida perícia não houve qualquer alteração no valor do débito.

Desta forma, não há como se acolher as alegações defensivas de que a auditoria levada a efeito pelo fiscal autuante encontra-se com equívocos.

No tocante à aplicação da taxa SELIC como índice de correção do crédito tributário, observo que a referida taxa encontra previsão legal no art. 102 do COTEB, sendo legítima a imposição da mesma. Quanto ao requerimento da declaração de sua inconstitucionalidade, deixo de me manifestar, vez que não compete a este órgão colegiado a apreciação de constitucionalidade de Lei.

Por fim, indefiro o pedido de diligência requerido pelo sujeito passivo, vez que, além de não trazer elementos novos capazes de justificar a sua realização, os fatos é que o contribuinte busca renovar a produção de provas que já foi objeto de diligência, oportunidade em que não colacionou elementos necessários para elidir a imputação fiscal.

Desta forma, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso 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** o Auto de Infração nº **232957.0006/07-2**, lavrado contra **JOSÉ IRANILO ANDRADE DOS SANTOS (CEREALISTA LUA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$268.092,21**, acrescido das multas de 50% sobre R\$825,41, 60% sobre R\$44.524,22 e 70% sobre R\$222.742,58, previstas no art. 42, incisos I, alínea “b”, item 3, II, alínea “d” e III, da Lei nº 7.014/96; e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$280,00**, prevista no art. 42, inciso XVIII, alínea “c”, da citada Lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05..

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÁRCIO MEDEIROS BASTOS - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS