

PROCESSO - A. I. Nº 299430.0004/11-3
RECORRENTE - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS (RADIACAL MOTOBIKE)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JFJ nº 0226-03/11
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 26.12.2012

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0068-13/12

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES DE VENDAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Contribuinte deixou de registrar no livro Registro de Saídas o valor das operações e por isso não apurou corretamente o imposto a recolher, ou seja, recolheu o ICMS a menos. Não acolhida a arguição de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da Decisão da 3ª JFJ, que julgou Procedente o presente Auto de Infração, lavrado em 29/06/2011, no qual fora constado uma infração:

Infração 01 – recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto. Contribuinte deixou de registrar nos livros fiscais vendas realizadas através de notas de vendas, conforme demonstrativos constantes no processo, lançado imposto de R\$ 24.468,83, com multa de 60%.

O autuado apresentou defesa afirmando que o enquadramento fora feito de forma genérica, sem citar qual foi o artigo de lei que efetivamente teria sido infringido pelo autuado. Sustentou que não é possível proceder à cobrança retroativa à data do desenquadramento do SimBahia, que o desenquadramento do contribuinte constitui um ato administrativo independente do lançamento do crédito tributário, pois os dois atos são praticados em momentos distintos.

Argumentou que a autuação é insubsistente por falta de amparo legal, haja vista que a exigência do imposto pelo regime normal de apuração foi efetuado com base em informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização, e que o método utilizado para apurar o débito não traduz a realidade dos fatos, já que no computador havia, também, orçamentos feitos pelos vendedores, cujas vendas não foram efetivadas.

Arguiu que a apuração do imposto deveria ser realizada por meio de uma auditoria de caixa, por meio de levantamento entre notas fiscais de venda e a contabilidade empresarial, verificando, inclusive, extratos bancários, requerendo, ao fim, a nulidade do Auto de Infração.

Fora apresentada informação fiscal (fls. 208/210) esclarecendo que “na operação realizada pela Sefaz em conjunto com a Secretaria de Segurança Pública foram apreendidos documentos fiscais, notas de vendas e arquivos magnéticos existentes em computadores do contribuinte. Através destes elementos foi possível constatar a realização de vendas de mercadorias sem a emissão de notas fiscais, no montante de R\$ 344.868,33, somente no exercício de 2007. Baseado nestes documentos e nos livros fiscais, foi refeita a conta corrente do contribuinte, conforme demonstrativo na folha nº 26”.

Arguiu que o enquadramento legal está correto já que “o contribuinte deixou de registrar no livro de Registro de Saída o valor das operações e por isso não apurou corretamente o imposto a recolher, ou seja, recolheu o ICMS a menor (Art. 116, inciso I, alínea “a” e “b”)”.

Esclareceu que “o autuado iniciou suas atividades no ano de 1998 como microempresa, passando para EPP em abril/2002, condição que permaneceu até 31/12/2005. Nestes períodos, por força da legislação vigente, recolhia o ICMS com base nos critérios estabelecidos pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). A partir de 01/01/2006, ainda conforme fls. 9, houve sua opção para recolher o referido imposto na condição de Normal, fato que

automaticamente o excluiu do SimBahia. Somente em 01/07/2007, o contribuinte voltou à condição de EPP”, cabendo “à fiscalização apurar o imposto do contribuinte mediante a elaboração do conta corrente, conforme demonstrado às fls. 26, cobrando o ICMS relativo ao primeiro semestre de 2007”.

Afirmou que a obtenção das informações foi baseada nos computadores objeto de busca e apreensão deferida pela Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador (fls. 11 a 25), e que quando intimado a apresentar as notas fiscais não localizadas no levantamento o proprietário do autuado declarou que houve extravio das notas fiscais correspondentes às notas de vendas de 2006 a 2008 (fls. 53), comprovando, para os fiscais, que as transações comerciais foram concluídas.

No que tange à apuração do tributo mediante auditoria de estoque, informou que o levantamento quantitativo de estoque por espécies de mercadorias toma como pontos de referência as quantidades das mercadorias nos inventários inicial e final do período considerado, mas que o contribuinte, mesmo tendo sido intimado, não apresentou os Registros de Inventário do período de 2005 a 2009 (fls. 52).

Concluiu, por fim, pela manutenção do Auto de Infração.

A 3ª JJF decidiu pela procedência do Auto de Infração sob o fundamento de que a descrição dos fatos e seu enquadramento legal foram feitos de forma satisfatória, conforme demonstrativos de fls. 54/130.

Quanto às alegações sobre o enquadramento do SimBahia informa que o período da apuração do tributo corresponde àquele em que o contribuinte se encontrava no regime normal de apuração, portanto, não fazendo qualquer sentido as alegações da defesa.

E, por fim, afirma que o argumento do autuado quanto ao método ou critério seguido na apuração do imposto lançado está prejudicado, vez que a defesa se reporta ao “desenquadramento” do SimBahia, e conforme já demonstrado o contribuinte não se encontrava inscrito no SimBahia no período compreendido no lançamento do Auto de Infração *in comento*.

O autuado inconformado com a r. Decisão interpôs Recurso Voluntário, suscitando preliminar de nulidade pela falta de entrega dos demonstrativos, o que seria cerceamento de defesa, alegando que não fora citado o artigo de lei infringido pelo autuado, bem como que o enquadramento legal fora genérico e abstrato, de modo a dificultar o conhecimento da infração supostamente cometida pelo contribuinte.

Afirma, ainda, que todas as provas que consubstanciaram a lavratura do Auto de Infração devem ser, obrigatoriamente, entregues ao autuado, mediante recibo. Alegando que não recebera as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do suposto imposto devido.

No mérito manteve o argumento de que o método utilizado deixou falhas e não correspondeu com a realidade fática, já que os computadores não eram utilizados apenas como banco de dados para Notas Fiscais de venda, havendo, no maquinário, também, orçamentos realizados pelos vendedores.

E que a apuração do tributo deveria advir de uma base de cálculo composta por meio de uma auditoria de caixa.

Por fim, sustenta que a multa de 60% aplicada tem caráter confiscatório e que o judiciário as tem reduzido, conforme jurisprudência colacionada.

Conclui requerendo a anulação do Auto de Infração, seja pela preliminar de nulidade ou pelos argumentos de mérito trazidos.

A PGE-PROFIS apresenta Parecer às fls. 252/253 entendendo pelo não acolhimento da preliminar de nulidade do Auto de Infração, já que não se verifica qualquer mácula, ao lançamento, contemplada no art. 18, do RPAF.

E quanto ao mérito entende que a autuação fora lavrada com base em documentos fiscais apreendidos por força de ordem judicial expedida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal de Salvador/BA, e ressalta que o autuado não impugna os valores apurados pelo autuante, não demonstrando os

desarcertos porventura existentes, não merecendo prosperar, inclusive, a irresignação quanto à multa aplicada, vez que esta tem previsão legal.

Opina, assim, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Da análise dos autos observa-se que no que se refere à preliminar de nulidade suscitada pelo autuado esta não merece prosperar, vez que a alegação de que não recebera as cópias dos demonstrativos que fundamentaram o cálculo do imposto devido não condiz com os fatos trazidos aos autos, além disso, o enquadramento legal fora corretamente feito, vez que o autuado infringiu o quanto determina o art. 116, I, “a” e “b”, do RICMS, abaixo transcrita.

Art. 116. No regime normal, os contribuintes apurarão, no último dia de cada mês, o imposto a ser recolhido em relação às operações ou prestações efetuadas no período, com base nos elementos constantes em sua escrituração fiscal, a saber:

I - no Registro de Saídas (art. 323):

a) o valor contábil total das operações ou prestações;

b) o valor total da base de cálculo das operações ou prestações com débito do imposto e o valor total do respectivo imposto debitado;

Ademais, deve-se frisar que cerceamento de defesa se dá quando ocorre uma limitação na produção de provas de uma das partes no processo, a ausência dessa oportunidade prejudica a comprovação da tese de defesa, gerando, por consequência, a nulidade do ato e dos que se seguirem, em respeito ao princípio do devido processo legal.

No caso *sub examine*, o que se vislumbrou, em verdade, fora a ocorrência de intimações para que o autuado apresentasse documentos que pudessem elidir a lavratura do presente auto, o que não ocorrera, já que aquele manteve-se silente ante às intimações.

Desse modo, Não acolho a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

Quanto ao mérito, como bem afirmado pelo i. Procurador, o autuado não impugna os valores apurados pelo autuante, não demonstrando os desarcertos porventura existentes, apenas alega que o método utilizado deixou falhas e não correspondeu com a realidade fática, já que os computadores não eram utilizados apenas como banco de dados para Notas Fiscais de venda, havendo, no maquinário, também, orçamentos realizados pelos vendedores, porém não faz qualquer prova dos fatos afirmados, tampouco responde à intimação fiscal para apresentação dos Registros de Inventário do período de 2005 a 2009 (fl. 52), mantendo-se, assim, a presunção de que os valores apurados pelo autuante estão corretos e são devidos.

E, por fim, no que tange à multa aplicada esta tem expressa previsão legal, não cabendo a este conselho a análise de suposto caráter confiscatório.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão da 3ª JFJ na íntegra.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª 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 **299430.0004/11-3**, lavrado contra **AILTON ARAUJO DOS SANTOS (RADICAL MOTOBIKE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$24.468,83**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de novembro de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - PRESIDENTE

VANESSA DE MELLO BATISTA - RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ - REPR. DA PGE/PROFIS