

A. I. Nº - 269198.0095/12-6
AUTUADO - LOJAS DUCAL LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RIZÉRIO
ORIGEM - INFAZ IRECÊ
INTERNET - 16/10/2013

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0252-03/13

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O impugnante não logrou êxito na comprovação de suas alegações, mesmo depois de diligências realizadas com esse objetivo. Aplicado o índice de proporcionalidade nas saídas tributadas, conforme IN SAT nº 56/2007. Infração caracterizada. **2.** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO. Infração reconhecida. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Lançamento não impugnado pelo sujeito passivo. Infrações subsistentes. **4.** LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. O contribuinte não escriturou o livro Caixa. Acusação não contestada. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 17/09/2012, refere-se à exigência do crédito tributário no valor de R\$177.190,51 em decorrência das seguintes infrações:

Infração 01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$104.051,66. Multa de 100%;

Infração 02 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, no período de janeiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$50.976,31. Multa de 60%;

Infração 03 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições - Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias de fora do Estado, no período de janeiro a dezembro de 2011. Valor do débito: R\$21.702,54. Multa de 60%;

Infração 04 - Microempresa com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00 - Não escriturou o Livro Caixa. Multa de R\$460,00.

Por meio de advogados com procuração à fl. 103, o impugnante apresenta defesa às fls. 95 a 100.

Depois de reproduzir o teor das infrações que compõem o Auto de Infração alinha os seguintes argumentos.

Requer que, sob pena de nulidade, todas as intimações e notificações relativas ao feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, legítimos representantes legais do autuado na ação administrativa que ora se instaura, tudo conforme poderes estabelecidos na procuração anexa.

Informa que, por medida de cautela, solicitou o parcelamento das importâncias listadas nos itens 02 a 04.

Protesta, em preliminar, pela nulidade da autuação, na medida em que a cópia do lançamento, que lhe fora fornecida para o exercício do contraditório e da ampla defesa, não possui as formalidades legais necessárias, no que tange ao saneamento do Auto de Infração e ao visto da autoridade fazendária, elementos essenciais à formalização do processo, contagem de prazos etc.

Suscita também preliminar de nulidade do Auto de Infração, por inexistência do “Termo de Início de Fiscalização”, anteriormente lavrado, o que, a teor de decisão do CONSEF, cuja ementa transcreve, fl. 97, implica vício no procedimento, somente sanável mediante nova ação, sem em embargo do exercício de denúncia espontânea.

Requer ainda a nulidade do item 01, por insegurança na determinação da infração, posto que o método adotado no Auto de Infração não se encontra contemplado na IN 310/90, em primeiro plano, porque os valores considerados como “pagamentos” não encontram comprovação e parecem contemplar compras “à prazo” como se à vista fossem. Por outro lado, destaca que não se cogitou a existência de passivo, tendo o autuante considerado que todas as compras foram quitadas nos prazos contratuais, como também não se considerou na auditoria a existência de contratos de créditos com o Banco do Brasil, que lhe permitia utilizar recursos para pagamento de suas obrigações, tendo o trabalho do Fisco sido feito de forma dissociada da realidade comercial da empresa.

Para ressaltar que em circunstâncias similares, o CONSEF tem assim se posicionado, reproduz a ementa de diversos julgados, fls. 98 e 99, visando corroborar sua tese de que, estando o item 01 da presente autuação em situação análoga, deve ser decretada a nulidade do lançamento.

No mérito da infração 01, observa que trabalha preponderantemente com mercadorias isentas e sujeitas à redução da base de cálculo (material para irrigação e defensivos agrícolas), não existindo no processo a comprovação do “índice de proporcionalidade aplicado”. Sustenta que o levantamento fiscal considerou que no período de apuração 70% das operações foram realizadas com mercadorias normalmente tributadas, o que não encontra respaldo em qualquer peça por ele apresentada a fiscalização. Afirma que, ao contrário do que consta no Auto de Infração, como pode ser auferido pelas notas fiscais arrecadadas na ação fiscal, os índices de produtos isentos e, principalmente, com redução de base de cálculo, são bem maiores e chegam a alcançar, invertendo a forma adotada pela fiscalização os 70% tidos como tributados normalmente. Assevera que essa questão pode ser solucionada mediante revisão por fiscal estranho ao feito, o que de logo fica solicitado.

Protesta pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, especialmente posterior juntada de novos documentos e revisão para levantamento dos “índices de proporcionalidade”.

Conclui requerendo a nulidade ou, dependendo do resultado da revisão, pela improcedência ou, no máximo, procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal às fls. 107 a 109.

Observa que o autuado, por medida de cautela, solicitou o parcelamento das infrações 02, 03 e 04.

Afirma que não procede a nulidade suscitada pelo sujeito passivo por falta de formalidades legais, no que tange ao saneamento do PAF e ao visto da autoridade fazendária, uma vez que às fls. 01 e 93, constam as referidas formalidades legais.

Em relação à nulidade suscitada pela falta do “Termo de Início de Fiscalização”, sustenta ser esse outro equívoco do autuado, pois o art. 28, inciso II do RPAF-BA/99, que disciplina a matéria, expressamente estatui que a emissão do Termo de Intimação para Apresentação de Documento e Livros Fiscais, fls. 07 a 11, dispensa a lavratura do Termo de Início de Fiscalização.

Quanto a alegada insegurança na determinação da infração 01, pelo fato de que compras a prazo foram consideradas como à vista, não atentada a existência do passivo e que não foram considerados contratos de crédito com o Banco do Brasil, esclarece que o autuado, apesar de devidamente intimado a apresentar o livro Caixa, fls. 07 a 11, bem como o saldo inicial, documentos contábeis, comprovantes de empréstimos e de aumento de capital, não apresentou qualquer documentação fiscal. Por isso, assevera que não restou alternativa ao fisco senão a de recompor o Caixa da empresa, levando-se em conta as informações de prazo e valores constantes nas notas fiscais (duplicatas - datas e valores), como se pode ver nos demonstrativos anexos. Além disso, esclarece que a empresa foi beneficiada nas vendas, pois as notas fiscais de saídas não continham o prazo de pagamento e todas as receitas foram consideradas como à vista. Ressalta que a metodologia apresentada foi benéfica à empresa, pois as receitas foram consideradas “à vista”, as compras no prazo constante das notas fiscais e, além disso, não foram computadas as despesas contábeis (aluguel, salários, pró-labore, honorários, juros por eventuais atrasos em pagamentos, água, luz, telefone, tributos e contribuições federais e municipais etc).

No que diz respeito ao pedido para o levantamento de novo índice de proporcionalidade alegação da falta de respaldo do índice de proporcionalidade de 70% de mercadorias normalmente tributadas apurado no levantamento fiscal, afirma que não procedem as alegações do autuado. Informa que, como se verifica às fls. 39, as duas últimas colunas contêm os somatórios dos valores dos produtos comercializados e das suas respectivas bases de cálculo ($\Sigma V_{prod} = R\$400.565,30$ e $\Sigma BC = R\$281.139,05$). Prossegue esclarecendo que se dividindo a Base de Cálculo pelo Valor das mercadorias obtém-se o índice de 0,7019, fl. 42. Revela que não há como se alegar falta de respaldo, uma vez que os dados são oriundos das próprias informações constantes dos documentos do contribuinte. Observa que se fosse utilizado as informações constantes da DMA, fl. 89, resultaria em índice ainda maior: $R\$252.097,61 / R\$329.924,99 = 0,76$.

Conclui requerendo a manutenção do Auto de Infração.

Constam às fls. 112 a 113, parcelamento parcial do débito efetuado, discriminado em extrato emitido pelo Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT.

Às fls. 132 esta JJF converteu o presente processo em diligência, para que fosse intimado o autuado, fl. 137, a apresentar a comprovação das falhas apontadas como existentes no levantamento fiscal (compras a prazo, passivos existentes, contratos de crédito e índice de proporcionalidade) que apurou saldo credor de caixa objeto da infração 01.

Em cumprimento a diligência o autuado somente apresentou, fls. 139 a 186, cópias dos livros Registros de Entradas e de Saídas.

O autuante ao se manifestar acerca do atendimento da diligência, fl. 187, depois de examinar os documentos carreados aos autos pelo impugnante, informa que nada foi apresentado que pudesse elidir a validade da ação fiscal, uma vez que se restringiu a apresentação das cópias dos livros Registros de Entradas e de Saídas e das intimações recebidas.

Na assentada do julgamento o patrono do autuado informou que não recebera cópia da informação fiscal acerca de seu não atendimento à diligência anterior, essa 3ª JJF decidiu converter os autos em nova diligência, fl. 191, para que fosse intimado o impugnante para entrega de cópia da informação fiscal prestada pelo autuante à fl. 187.

O impugnante se manifesta à fl. 197 alegando cerceamento de defesa pelo fato de que na intimação anterior, fl. 187, não fora apensada o resultado da diligência e reitera suas alegações já apresentadas anteriormente.

O autuante à fl. 202 informa que o impugnante não apresentou elemento algum que pudesse elidir a autuação.

Essa 3ª JJF converte novamente os autos em diligência, fl. 205, para intimação e entrega ao impugnante da conclusão da diligência anterior, alegada como não tendo sido entregue.

Em manifestação às fls. 213, acerca da diligência anterior o autuado repisa todos os argumentos já alinhados em sua defesa e manifestações anteriores, solicitando que fosse averiguado se as notas fiscais atinentes às infrações 02 e 03 lhe foram entregues e se ocorreria bis in idem em relação às infrações 01, 02 e 03.

VOTO

Inicialmente, o autuado alegou que a cópia recebida do Auto de Infração para o exercício do contraditório e da ampla defesa não possui as formalidades legais necessárias, no que tange ao saneamento do Auto de Infração e ao visto da autoridade, que considera elementos essenciais à formalização do processo e contagem dos prazos. Entendo que não deve prosperar a pretensão do sujeito passivo, uma vez que resta evidenciado nos autos que esses supostos óbices, em momento algum lhe tolheram o exercício do contraditório e da ampla defesa. Ademais, a contagem de prazos a que se refere o autuado, depende exclusivamente das datas apostas no campo do Auto de Infração “Data da Ciência do Autuado”, fl. 01, e da data da declaração de recebimento, fl. 03, onde o representante do autuado após a assinatura, datas essas que não foram questionadas pela defesa, portanto, não acolho essa preliminar de nulidade.

Quanto à alegação da ausência do Termo de Início da Fiscalização nos autos como motivador de nulidade do Auto de Infração, também não deve prosperar a pretensão da defesa, haja vista que o Termo de Início da Fiscalização, nos presentes autos, teve sua finalidade suprida pelas Intimações para Apresentação de Livros e Documentos, fls. 08 a 11, consoante previsão expressa no inciso II do art. 28 do RPAF-BA/99.

Outra preliminar aventada diz respeito à infração 01 e consiste na alegação de insegurança na determinação da infração, porque no levantamento fiscal os valores considerados como “pagamentos” não encontram comprovação e parecem contemplar compras a prazo, não considerou a existência de passivos e nem os contratos de créditos com o Banco do Brasil. Tendo em vista que o sujeito apenas enumerou as supostas inconsistências, e considerando que as comprovações dependem de documentação fiscal e contábil, todas elas sob sua guarda, em busca da verdade material, essa JJF decidiu baixar os autos em diligência para que o autuado procedesse a imprescindível comprovação de suas alegações, fl. 132. No entanto, a diligência não logrou o êxito almejado, eis que, devidamente intimado para esse fim, o sujeito passivo carrou aos autos, tão-somente, a cópia de seus livros Registros de Entradas e de Saídas, fls. 136 a 185, imprestáveis para a comprovação de suas alegações. Logo, não comprovadas de forma inequívoca as supostas alegações de inconsistências no levantamento fiscal, deve prevalecer o exposto teor do art. 143 do RPAF-BA/99, de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal. Por isso, essa preliminar de nulidade apontada na impugnação também não deve subsistir.

Assim, ficam rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pelo defendente, haja vista que os afiguram-se revestido das formalidades legais e não se encontram os motivos elencados na legislação, inclusive os incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA/99, para determinar a nulidade do presente Auto de Infração.

Quanto aos julgados cujas ementas o impugnante colacionou aos autos com o propósito de corroborar com sua pretensão, constato que nenhuma delas cuida de matéria semelhante ao objeto dos presentes autos, portanto, inservíveis como paradigma.

Ultrapassados os pontos suscitados na preliminar de nulidade, passo a cuidar do mérito da autuação.

No que diz respeito às infrações 02, 03 e 04, além de não terem sido abordadas, quanto ao mérito, em sede de defesa, constato que o autuado parcelou os débitos a elas referentes, consoante extrato do Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária - SIGAT colacionado às fls. 112 a 113. Ante a inexistência de lide e o reconhecimento do próprio autuado, deve ser mantida a exigência em relação a esses itens do Auto de Infração.

Remanesce em questão, portanto, a infração 01 que no mérito, trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2011.

A exigência fiscal foi apurada por meio de Auditoria de Caixa, consta à fl. 08, que o impugnante, antes da lavratura do presente Auto de Infração, foi intimado a apresentar o livro de caixa, bem como o saldo inicial, não tendo sido apresentado, dessa forma, foi efetuada a recomposição do Caixa da empresa apurando-se saldo credor, conforme demonstrativos colacionados às fls. 13 a 42.

Para esse caso a legislação, salvo prova em contrário, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do ICMS, consoante o previsto no art. 4º, §4º, da Lei 7.014/96, considerando que foi constatado saldo credor de caixa, no período fiscalizado.

O sujeito passivo refutou a acusação fiscal aduzindo que o índice de 70% indicado no levantamento fiscal como sendo o percentual de operações tributáveis realizadas pelo estabelecimento autuado no período fiscalizado, sob a alegação de que comercializa preponderantemente com mercadorias isentas e sujeitas à redução da base de cálculo e que inexistem nos autos a comprovação da apuração do índice indicado.

Depois de compulsar os elementos que instruem e consubstanciam a apuração da exigência fiscal atinente a esse item da autuação, constato que não assiste razão ao autuado, ao afirmar que a origem do índice de proporcionalidade de 70% adotado no levantamento fiscal não se encontra demonstrada. O índice de proporcionalidade questionado pelo sujeito passivo encontra-se devidamente explicitado à fl. 42, e se origina de seus registros de saídas, cujas cópias constam às fls. 32 a 39. Portanto, não há que se falar em falta de respaldo na apuração do índice utilizado no demonstrativo fiscal como insinuou o autuado na impugnação sem carrear aos autos qualquer prova inequívoca de sua alegação.

Mesmo assim, constato que visando a busca da verdade material os autos foram convertidos em diligência, fl. 132, 191 e 205, propiciando inequívoca oportunidade ao autuado para comprovar suas alegações defensivas, não só em relação ao mérito, com também os aspectos já abordados por ocasião do enfrentamento da preliminar de nulidade suscitada. No entanto, não foi carreada aos autos pelo sujeito passivo qualquer elemento insofismável de comprovação que pudesse inquinar de nulidade o Auto de Infração ou elidir a acusação fiscal.

Quanto à alegação alinhada pelo impugnante em sua manifestação à fl. 213 atinente à entrega das cópias das notas fiscais arroladas na apuração das infrações 02 e 03, verifico que no levantamento fiscal inexistem qualquer indicativo de que os documentos fiscais utilizados advieram de fonte distinta do autuado.

Constato também que, por somente a infração 01 tratar de presunção legal, não há que se falar em *bis in idem*, como alegou o impugnante, em relação às infrações que cuidam distinta e objetivamente, da falta de recolhimento do ICMS antecipação parcial infração 02, cujo recolhimento não foi realizado pelo impugnante e por antecipação ou substituição tributária infração 03, contemplada com a adoção da proporcionalidade.

Em suma, resta patente nos autos que, apesar de o autuado ter impugnado o item 01 da autuação em suas razões defensivas não carrou aos autos qualquer elemento de prova capaz de elidí-la. Eis que, mesmo após as diligências determinadas pela 3ª JJF, não comprovou, de forma inequívoca e insofismável o suposto equívoco na proporcionalidade de 70% demonstrada e

adotada no levantamento fiscal, as alegadas compras a prazo, consideradas como se a vista fossem, existência de passivo e os contratos de créditos com o Banco do Brasil.

Logo, ante o acima enunciado devem prevalecer as regras dos artigos 123 e 143 do RPAF-BA/99, pois o impugnante não apontou inconsistência alguma nos dados numéricos do levantamento fiscal e, além de não ter juntado aos autos documentos para elidir a exigência fiscal, não comprovou a origem dos recursos relativos aos saldos credores de caixa apurados nos demonstrativos elaborados pelo autuante.

Nestes termos, concluo pela subsistência da infração 01.

Quanto ao pedido do patrono do impugnante para que as intimações e notificações relativas ao presente feito sejam encaminhadas aos profissionais regularmente constituídos, Rua Coronel Almerindo Rehem, 126, Ed. Empresarial Costa Andrade, salas 411/414, Caminho das Árvores, Salvador - Bahia, CEP 41820-768, ressalto que nada obsta o atendimento de seu pleito e que o setor deste CONSEF possa enviar as intimações e demais comunicações concernentes ao andamento deste processo para o endereço apontado. Contudo, o não atendimento a tal solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista no art. 108 do RPAF-BA/99, e, em perfeita sintonia com o estabelecido no CTN, art. 127, orientando, como regra, a eleição do domicílio tributário pelo sujeito passivo.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269198.0095/12-6**, lavrado contra **LOJAS DUCAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$176.730,51**, acrescido das multas de 100% sobre R\$104.051,66 e 60% sobre R\$72.678,85, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso III, e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, “i” da mesma Lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 08 de outubro de 2013.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA