

PROCESSO - A. I. Nº 055862.0049/14-0
RECORRENTE - VILAS BOAS SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA. (VILAS BOAS SHOPPING)
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO –Acórdão 5ª JJF nº 0161-05/14
ORIGEM - INFAZ JACOBINA
INTERNET - 16/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO CJF Nº 0038-11/15

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO 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. 2 .DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NA ESCRITA FISCAL. MERCADORIAS SUJEITAS A TRIBUTAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Demonstrado que as notas relacionadas pelo autuante não foram registradas no livro Registro de Entradas do contribuinte. Afastadas as preliminares. Vencido o voto do relator. Decisão não unânime. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 20/03/2014 para cobrar ICMS no valor de R\$74.651,65, em decorrência do suposto cometimento de 02 infrações, abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, sendo lançado o valor de R\$30.515,45 acrescido da multa de 100%.

INFRAÇÃO 2 - Deu entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas à tributação sem o devido registro na escrita fiscal, sendo lançada multa formal de R\$44.136,20.

Foram apresentadas Defesa tempestiva as fls. 149 a 164 pugnando pela improcedência das infrações impugnadas, bem como a respectiva Informação Fiscal pelo autuante, às fls. 203 a 204, refutando as justificativas defensivas, reiterando o entendimento da procedência do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgado pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela Procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

VOTO

O impugnante pede em sua peça defensiva, diligência a ser efetuada por fiscal estranho ao feito, sem contudo apresentar provas de erros que a justifiquem, contrariando o disposto no art. 145 do RPAF, que impõe ao interessado na diligência fiscal, o dever de fundamentar a sua necessidade. As provas anexadas ao processo são suficientes para formação de juízo de valor, e assim, denego o pedido formulado.

Na infração 1, decorrente de saldo credor de caixa nos exercícios de 2011 e 2012, o autuante traz às fls. 7/32, os valores lançados pelo contribuinte em sua escrita contábil, sendo feita inclusões de pagamentos efetuados, seja de compras efetuadas, seja de imposto pago, com os correspondentes documentos e as datas de pagamento, ajustando-se o saldo encontrado.

Tais ajustes, acabaram por resultar em saldo credor de caixa, já no exercício de 2012, nos meses de agosto, setembro e novembro(fl.20), resultando no lançamento do imposto devido, com fundamento no parágrafo 4º, I do art. 4º, da Lei 7.014/96, que reza o seguinte:

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

Por isto, 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. O impugnante, nega o cometimento da infração e apresenta uma série de demonstrativos de ajustes, baseado nos mesmo que foram apresentados pelo autuante, efetuando algumas “exclusões” de pagamentos lançados pelo autuante.

Assim, como exemplo, à fl. 196, há o demonstrativo do mês de agosto de 2012, onde o impugnante repete as mesmas inclusões feitas pela auditoria mas faz exclusões de 3 valores, respectivamente R\$856,56, R\$R\$465,00 e R\$15.6669,64, indicando no campo do histórico que foi contabilizado no livro razão em agosto de 2012, sem contudo sequer apresentar uma cópia da página do livro razão em que já houvesse contabilizado o lançamento, com vistas a comprovar que o autuante lançara como inclusões, valores que já estavam contabilizados como efetivamente pagos.

Além disso, reconhece o lançamento das inclusões efetuadas pelo autuante quanto a diversos valores, em seu próprio demonstrativo de defesa, sem contudo apresentar provas das exclusões que alega devem ser feitas, por haver contabilizado os valores referidos. Face ao exposto, considero procedente a infração 1, visto o parágrafo 4º do art. 4º da Lei 7.014/96, autorizar a presunção da ocorrência das operações, uma vez que não houve apresentação de provas em contrário. Infração 1 procedente.

Na infração 2, o impugnante chega a citar a nota fiscal nº 002269 registrada no livro em 12/12/2012, afirmando conter a prova do lançamento em cópia anexa, sem contudo, apresentar a citada cópia. Apresenta uma relação de notas fiscais de entrada como sendo registradas (fls. 165/167) com a respectiva data do lançamento, mas não apresentou cópias respectivas das páginas do livro de entrada que comprova tais registros. O autuante refuta a prova e confirma que conferiu, mas não encontrou os registros alegadamente efetuados na escrita fiscal pelo impugnante.

Nos termos do art. 142 do RPAF, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Tendo o impugnante a prova de que teria lançado as notas fiscais, deveria trazer ao processo, a respectiva cópia das páginas em que foram efetuados os registros de entrada, mas não o fez.

Alega ainda o impugnante, que não há prejuízo ao Estado a suposta ausência de escrituração, já que tal fato não implicaria em sonegação do tributo devido, o que não condiz com a verdade, pois com a ausência de escrituração de notas fiscais de entrada, presume-se a comercialização de mercadorias sem sem tributação, e a lei inclusive prevê como alternativa à multa por descumprimento de obrigação acessória, o lançamento do imposto, conforme transcrição abaixo do parágrafo 4º, IV do art. 4º da Lei 7.014/96, sendo que no presente caso, o autuante optou pelo lançamento da multa por descumprimento de obrigação acessória.

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

O impugnante contesta ainda o valor da multa de 10% e pede sua redução para 1%, conforme inciso XI da Lei 7.014/96. No entanto, a multa de 1% só se aplica quando se trata de mercadorias isentas ou não tributadas, e para tal, necessitaria de provas quanto a estas condições. Assim, denego o pedido de redução da multa. Infração 2 procedente.

Quanto aos argumentos de exorbitância e inconstitucionalidade das multas aplicadas, este Conselho de Fazenda, nos termos do art. 167, I do RPAF, não possui competência para declaração de inconstitucionalidade, cabendo a este órgão apenas o controle de legalidade, sem adentrar questões relativas à inconstitucionalidade das leis estaduais ou federais.

As multas estão previstas na Lei 7.014/96, e a correções dos débitos tributários pela taxa SELIC, está prevista no parágrafo 2º do art. 1º da LEI Nº 7.753 DE 13 DE DEZEMBRO DE 2000, e a este respeito, é oportuno ressaltar que tribunais superiores já têm julgados em que foi confirmada a legitimidade do emprego da taxa SELIC, a exemplo do excerto abaixo, de ementa extraída de julgamento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CDA. EXAME DE REGULARIDADE. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. POSSIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA E FUNRURAL. REGULARIDADE.

1. A investigação acerca do preenchimento dos requisitos formais da CDA, demanda, necessariamente, a revisão do substrato fático-probatório contido nos autos. Aplicação do enunciado sumular n. 7 desta Corte.

2. É legítimo o emprego da taxa Selic na atualização monetária dos débitos fiscais tributários.

3. São devidas as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL por empresa urbana, em virtude do seu caráter de contribuição especial de intervenção no domínio econômico para financiar os programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares.

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no Ag 1131083/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL

MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 30/03/2010)

Em sendo assim, considero procedente o lançamento efetuado e voto pela *PROCEDÊNCIA* do Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 223 a 238, objetivando a revisão do julgamento, trazendo os mesmos argumentos esposados na defesa inicial.

Fundamentalmente alega que, no que concerne a infração 01, que a simples conferência de uma relação anexa, devidamente apresentada à fiscalização na ocasião oportuna, demonstra que as notas fiscais ali discriminadas (não lançadas no livro Registro de Entrada) foram contabilizadas.

Fala que, com essas arguições, “em 2011 o valor a ser considerado é de R\$ 90.769,01 e em 2012 o valor a ser considerado é de 199.722,73, chegando-se a um total de R\$ 290.491,74, sendo este o valor considerado pela fiscalização como não contabilizado”.

Afiança que, nesta “real situação não há o “estouro de caixa” alegado e padece a fiscalização de razão quanto a autuação imposta”.

Em seguida, aponta como incorreções da fiscalização, a Nota Fiscal nº 002269, no valor de R\$15.669,64, que foi considerada como não registrada pela fiscalização, mas “consta relacionada e registrada conforme livro (em cópia anexa) de 12/12/2012”.

Assim pondera que não assiste razão a fiscalização devendo a infração ser completamente desconstituída em face dos argumentos ora apresentados bem como da documentação apresentada em anexo.

Em seguida, argumenta que a multa de 100% é confiscatória e inconstitucional, juntando jurisprudência e doutrina neste sentido.

Quanto a infração 2, transcreve o art. 322 do RICMS que lastreia tal exação, para então afirmar que não deixou de contabilizar na sua escrita física as mercadorias discriminadas no Auto de Infração. Afiança que a “simples conferencia dos livros de registro de entrada (fiscal) podem comprovar tal alegação”, alegando ser um erro grosseiro da fiscalização.

Em outra senda, alega que a multa de 10% imposta é abusiva “em razão da natureza leve da suposta infração”. Pondera que não houve prejuízo ao Estado a suposta ausência de escrituração já que tal fato não implica em sonegação do tributo devido. Assim, requer a redução da multa para o percentual de 1%, conforme prevê o inciso XI do mesmo dispositivo legal.

Ao final de seu arrazoado, requer o provimento do presente Recurso e a improcedência das infrações ou, subsidiariamente, a redução das multas aplicas, com a decretação do caráter confiscatório da multa de 100%, bem como a redução da multa da infração 2 para 1%.

Em termos, os autos foram encaminhados à secretaria deste CONSEF, sem manifestação da PGE/PROFIS, em razão do valor julgado.

VOTO (Vencido quanto à preliminar de nulidade da infração 1)

Trata-se de Recurso Voluntário contra Decisão da 5ª JJF que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lançado pelo suposto cometimento de duas infrações.

Compulsando os autos, vejo que existe uma questão que macula o lançamento da infração 01, referente à suposta presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa.

Em que pese a notável organização do Fiscal Autuante ante a clareza dos demonstrativos de débito da infração 01, percebo a falta de elementos essenciais para a verificação, com segurança, do fato gerador do imposto, conforme estabelece o art. 18, IV, ‘a’ c/c art. 41, II ambos do RAPF/BA;

Pela importância, transcrevo as citadas normas, *in litteris*:

Art. 18. São nulos:

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

Art. 41. O Auto de Infração far-se-á acompanhar:

(...)

II - dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo fiscal autuante, se houver, **e das provas necessárias à demonstração do fato argüido** (grifamos).

Cura salientar que não estou tráfegando pelo mérito da exação, com o exame da procedência ou não, mas sim, no que tange a formação do Auto de Infração que, consoante a legislação do Estado da Bahia acima exposta, requer que seja acompanhado das “*provas necessárias à demonstração do fato argüido*”.

No caso em tela, vejo claramente que não estão presentes as cópias de todo o livro Caixa e do livro Registro de Entradas no período fiscalizado. Sem eles, não estão colacionados os elementos comprobatórios necessários para atestar aquilo que se alega por parte da fiscalização, ou seja, que mercadorias foram contabilizadas no livro de Registro Entradas, mas não foram apontadas as respectivas movimentações financeiras no livro Caixa da empresa que, após ser ajustado, supostamente apontou o “estouro do Caixa”.

Ressalto que, na metodologia elegida pela fiscalização, é de suma importância que estejam presente as provas que embasam a acusação, tanto no aspecto fiscal, quanto no prisma contábil, uma vez já que a natureza da infração apontada, “saldo credor de Caixa”, é contábil-fiscal.

Entendo que restaria afastado tal vício formal se houvesse a apresentação por parte da fiscalização dos livros fiscais da empresa, seja em meio magnético, seja em papel, para que fossem confrontados e analisados não só pelo Contribuinte, mas também pelos membros deste CONSEF que, conforme o estado dos autos, não pode confrontar os números apontados pela fiscalização.

Não se fale que a falta de apresentação de contestação específica convalida o lançamento! Não é isso que se trata, pois a discussão gira em torno de planos legais distintos, isto é: a nulidade apontada diz respeito ao plano da formação do Auto de Infração, pela falta de demonstração inequívoca da ocorrência dos fatos alegados pela fiscalização, diferentemente do outro plano quanto ao mérito que diz respeito à procedência ou não da infração.

Não por isso que a legislação processual civil, fonte subsidiária às normas do RPAF/BA, determina no seu art. 333, como princípio basilar do direito, ser o ônus da prova daquele que alega o fato constitutivo de direito.

Assim, por não estarem cabalmente comprovadas as ocorrências lançadas, julgo NULA a infração 1.

Vencido que fui, passo a analisar o mérito, consoante a previsão do art. 154, parágrafo único, do RPAF/BA, que me compele a votar a matéria principal caso seja vencido no posicionamento sobre questão preliminar.

Superada a dúvida, por Decisão não unânime, quanto a demonstração inequívoca e ocorrência dos fatos geradores, vejo que não houve irresignação específica do contribuinte que pudesse afastar a presunção quanto ao cometimento da infração de saldo credor de Caixa.

Assim, avaliados como verdadeiros e válidos os demonstrativos fiscais, ante a ausência de apontamento consistentes e pertinentes assinalando eventuais erros, ou falta de indicação da entrada lícita de numerário na conta Caixa da empresa que justificassem a ocorrência de saldo credor apontado pela fiscalização, entendo que deva ser aplicado o quanto disposto no art. 143, que determina que a mera negativa do cometimento do fato por parte do Contribuinte, não elide a acusação fiscal.

Com base nas premissas acima alinhavadas, julgo que a infração 1 é subsistente.

Quanto à infração 2, lançada pela falta de registro nos livros fiscais de mercadorias sujeitas à tributação é necessário modificar o julgamento de piso.

Em primeiro lugar, observo que não foram juntados aos autos quaisquer elementos de prova pelo Sujeito Passivo que elidisse o cometimento da infração, ou seja, de que houve o regular registro de entrada das mercadorias nos seus livros fiscais. Em segundo lugar, vejo que os DANFE's de fls

38 a 120, juntados pela fiscalização, relacionados no demonstrativo sintético de fls. 33 a 37, embasam a autuação, pois são espelhos das Notas Fiscais de entradas que indicam como destinatário o Contribuinte.

Entretanto, ao contrário do que decidiu a JJF, a redução requerida para 1% do valor das operações deve ser deferida, não por falta de prova do Sujeito Passivo de que as mercadorias ensejam essa providência, já que tal medida é despicienda, uma vez que as notas das operações lançadas já estão colacionadas aos fólios processuais.

Pela análise dos DANFE's, percebo que as mercadorias objeto da autuação, são peças e combustíveis acessórios automotivos, óleos, filtros de óleos, itens que estavam sob o regime de substituição tributária, consoante a legislação vigente e, em especial, o art. 353, II, item 30, abaixo transcrito:

Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subsequentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:

II - o contribuinte alienante, neste Estado, das mercadorias abaixo relacionadas, exceto na hipótese de já tê-las recebido com o imposto antecipado:

30 - peças, componentes e acessórios para uso em veículos automotores;

Dessa forma, consoante a legislação vigente e pela constatação da natureza das mercadorias conforme consignado nas Notas Fiscais eletrônicas, contato que as mercadorias estavam com fase de tributação encerrada, devendo ser imposta a multa prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96, abaixo transcrito, *in verbis*:

Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

XI - 1% (um por cento) do valor comercial da mercadoria adquirida sem tributação ou com a fase de tributação encerrada, entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal;

Diante desse quadro legal, julgo ser aplicável ao caso a disposição prevista no art. 42, XI da Lei nº 7.014/96, que impõe multa no percentual de 1% sobre o valor comercial da mercadoria e não a multa do inciso IX do art. 42, como quis a fiscalização.

Por todo quanto exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para alterar o enquadramento da multa da infração 2.

VOTO VENCEDOR (Quanto à validade da Infração 1)

Data maxima venia, ousou divergir do voto do digno Conselheiro Relator, mas apenas quanto à validade da Infração 1.

A descrição da imputação 1 consta à fl. 01 do Auto de Infração, trata-se de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada em razão de saldo credor de Caixa.

O Fisco acosta, às fls. 07 a 34, demonstrativos do levantamento fisco-contábil realizado, nos quais discriminados os dados dos documentos fiscais cujas operações são objeto da apuração.

O contribuinte recebeu cópias deste levantamento e, tal como consta no voto do Acórdão de base, transcrito no Relatório deste Acórdão de segunda instância, tendo recebido do Fisco toda a documentação necessária a pronunciar-se sobre o mérito da acusação fiscal, o sujeito passivo analisou numericamente os cálculos do Fisco, procedendo a exposições de argumentos contestatórios quanto às inclusões de pagamentos realizadas na auditoria fisco-contábil realizada, da qual resultou na imputação 1.

Portanto, resta evidenciado nos autos que o contribuinte entendeu a imputação, tendo sido assegurado o seu direito à ampla defesa e ao contraditório.

Compulsando os autos deste processo, constato que na ação fiscal empreendida o Fisco arrecadou do contribuinte os livros Caixa e Registro de Entradas dos exercícios de 2011 e 2012, e

os devolveu antes mesmo de lavrado o Auto de Infração, conforme recibo do contribuinte à fl. 147 dos autos deste processo.

O Fisco, por cautela, também anexou a este PAF, às fls. 128 a 143, a página final e a página inicial de ambos os livros, nas quais apusera visto durante o procedimento fiscal.

Portanto, os livros arrecadados para a realização da análise fisco-contábil retornaram à posse e guarda do sujeito passivo a tempo de serem usados para lastrear qualquer possível alegação impugnatória.

O Fisco também acosta ao processo, às fls. 38 a 120, cópias dos documentos fiscais cujas operações são objeto do levantamento fiscal realizado e nestes documentos fiscais constam formas e datas de pagamentos a serem realizados, a cada vencimento, pelo contribuinte a seus fornecedores, por meio de duplicatas, etc.

Desta forma, a acusação está devidamente lastreada em documentos do contribuinte, inclusive com cópias anexadas ao processo, pelo que não vislumbro qualquer mácula no lançamento realizado, que pautou-se na estrita obediência à legislação de regência, em especial nos artigos 39 e 41, ambos do RPAF/99, inexistindo possibilidade de enquadramento do feito em qualquer hipótese do artigo 18 do mesmo Regulamento, posto que os atos foram praticados por servidores competentes; durante a ação fiscal e o processo administrativo desta decorrente foi assegurado ao contribuinte o direito de defesa, tanto assim que se defendeu quanto ao mérito da imputação; a Decisão de piso está fundamentada; o lançamento de ofício determina, com segurança, a infração, o infrator, e o débito tributário exigível; há legitimidade passiva, posto que as operações foram praticadas pelo contribuinte autuado.

Voto pelo não acolhimento da preliminar de nulidade da infração 1.

Quanto ao mérito, acompanho o ilustre Relator quanto ao PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **055862.0049/14-0** lavrado contra **VILAS BOAS SHOPPING DA CONSTRUÇÃO LTDA. (VILAS BOAS SHOPPING)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.515,45** acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$4.413.62** prevista no inciso XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstas na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores recolhidos.

VOTO VENCEDOR (Quanto à preliminar de nulidade da infração 1) – Conselheiros (as): Osmira Freire Carvalho Ribeiro da Silva, Raísa Catarina Oliveira Alves Fernandes, Eduardo Ramos de Santana e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO (Quanto à preliminar de nulidade da infração 1) – Conselheiros: Rodrigo Lauande Pimentel e Rafael Barbosa de Carvalho Figueiredo.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de fevereiro de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR/VOTO VENCIDO
(Quanto à preliminar de nulidade da infração 1)

OSMIRA FREIRE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - VOTO VENCEDOR
(Quanto à preliminar de nulidade da infração 1)

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