

A. I. Nº - 279733.0021/14-0
AUTUADO - IRACI DE JESUS MARINHO & CIA LTDA.
AUTUANTE - LINDOMAR PINTO DA SILVA
ORIGEM - INFAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 13.08.2015

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0139-05/15

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. a) SUPRIMENTOS DE CAIXA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Provado que houve ingresso de dinheiro, na conta Caixa, de origem não comprovada. Não foi demonstrada a origem dos recursos, pois a defesa não provou que os valores em discussão foram realmente emprestados, como alega, com base nos registros contábeis. **b) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. PAGAMENTOS OMITIDOS NO LIVRO CAIXA. OMISSÃO DE SAÍDAS** O § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96 autoriza a presunção de que os valores dos recursos de origem desconhecida são oriundos de vendas de mercadorias anteriormente realizadas e não contabilizadas. Mantida a autuação. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Operações de aquisição de charque - produto resultante do abate de gado. Infração não elidida. **3. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. a) MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 10% sobre o valor comercial das mercadorias não escrituradas. Acusação fiscal lastreada nos relatórios do CFAMT e cópias dos DANFes. Provado que parte das notas fiscais foram escrituradas no livro destinado ao registro das entradas de mercadorias. **b) MERCADORIA NÃO SUJEITA A TRIBUTAÇÃO.** Multa de 1% sobre o valor das entradas. Exclusão da nota fiscal não anexada no Auto de Infração. Demais parcelas acatadas pelo contribuinte. Infração parcialmente elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2014, para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor total de R\$ 28.208,65. A peça de lançamento contém as seguintes imputações:

Infração 01 - Omissão de Saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Referente a valores lançados sem a comprovação de entrada efetiva. Valor da NF 4.852 lançado a maior no livro caixa Valor exigido: R\$ 16.776,66, acrescido das multas de 70% e 100%, previstas no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96.

Infração 02 - 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 e/ou do exterior relacionadas aos anexos 88 e 89. Valor exigido: R\$ 2.574,74, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inc. II, letra "d", da Lei nº 7.014/96.

Infração 03 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) sujeita (s) a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% sobre o valor comercial das mercadorias, prevista no art. 42, inc. IX, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: R\$ 8.133,15.

Infração 04 - Deu entrada no estabelecimento de mercadoria (s) não tributável (s) sem o devido registro na escrita fiscal. Multa por descumprimento de obrigação acessória de 1% sobre o valor comercial das mercadorias, prevista no art. 42, inc. XI, da Lei nº 7.014/96. Valor exigido: R\$ 724,10.

O contribuinte foi notificado do Auto de Infração em 07/05/14, através da aposição da assinatura do contador da sociedade empresária. Ingressou com impugnação administrativa em 09/06/14, em petição subscrita, conjuntamente, por sua sócia e advogado, cuja legitimidade foi comprovada através do instrumento contratual apensado à fl. 68 dos autos.

Após pontuar a tempestividade da peça defensiva, a defesa passou a enfrentar os aspectos de fato e de direito relacionados com a exigência fiscal.

Declarou inicialmente que a empresa foi constituída sob a forma de pessoa jurídica de direito privado, exercendo precipuamente a atividade de comércio atacadista e varejista de produtos alimentícios em geral, revestindo-se assim na condição de contribuinte do ICMS.

No que tange a infração 1 salientou que a autoridade fiscal desconsiderou os lançamentos no livro Caixa datados de 02/01/2009, 02/05/2009 e 01/10/2009, sob a alegação de que os registros não foram objeto de comprovação documental. Disse tratar-se de empréstimos contraídos junto à empresa José Luiz Jesus de Oliveira que atualmente se encontra desativada e que a documentação comprobatória da operação estaria sendo localizada. Requereu a juntada posterior dos documentos para fins de comprovação dos empréstimos.

Em complemento às razões acima aduzidas, declarou que as Notas Fiscais nº 101526 e nº 148524 foram devidamente lançadas no livro de Registro de Entradas, respectivamente, em 12/02/2009 e 11/05/2009. Juntou cópia do mencionado livro para fins de comprovação do registro das Notas Fiscais.

Com referência à infração 02 relatou que a mesma decorreu de "saldo negativo" em virtude da desconsideração das operações de empréstimo tratadas pela impugnante nas razões de impugnação da infração 01. Entende que as alegações de improcedência da infração 01, também alcançam o débito lançado no item 02 da peça acusatória.

No que se refere à infração 03, a defesa disse desconhecer as aquisições constantes das Notas Fiscais listadas pela autoridade fiscal. Negou, portanto, ter adquirido a totalidade das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais relacionadas nas ocorrências de 31/01/2009, 28/02/2009, 31/10/2009, 31/01/2010, 31/03/2010 e 31/10/2010. Relativamente à ocorrência 31/12/2010 afirmou que as Notas Fiscais foram devidamente registradas no Livro de Entradas, com data de 05/01/2011, conforme documentação anexa. Pediu que esta infração seja declarada totalmente improcedente.

Para a infração 04, a empresa informou que efetivamente incorreu em erro, não registrando as notas fiscais no livro fiscal de escrituração obrigatória. Todavia, no tocante à N.F. nº 97, afirmou não ter efetuado a aquisição da mercadoria. Frisou também que autoridade fiscal sequer juntou o citado documento no Auto de Infração. Reconheceu, portanto, os valores lançados no item 04 do lançamento, com exceção da N.F. nº 97, com data de ocorrência de 31/03/2010.

Na hipótese de manutenção do tributo lançado, a defesa suscitou, em razões complementares, a excessividade das multas aplicadas, nos percentuais de 60%, 70% e 100% do valor do ICMS exigido. Afirmou que tal entendimento vem sendo corroborado pela jurisprudência administrativa, tal como se infere do entendimento esposado pela Primeira Câmara do Primeiro

Conselho Federal de Contribuintes, no julgamento do Recurso Voluntário n.º 131.215, transcrito na peça defensiva.

Requeru, em pedido subsidiário, a redução das multas cobradas conjuntamente com o ICMS reclamado, sustentando que os percentuais estabelecidos na lei de regência do tributo atentam contra o princípio da proporcionalidade por serem confiscatórias.

Mencionou ainda a recente decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a inconstitucionalidade das multas aplicadas por falta de pagamento de tributos ou descumprimento de obrigações acessórias acima de 20%.

Ao finalizar a peça impugnatória, o contribuinte reiterou o pedido de improcedência das infrações 01, 02 e 03 e a procedência parcial apenas da Infração 04 (salvo NF nº 97 relatada na ocorrência 31/10/2010). Requeru, ainda, que seja deferida a juntada posterior de documentos, além da realização de diligências fiscais para constatação dos fatos alegados.

Foi prestada a informação fiscal, que se encontra apensada às fls. 72/73 do PAF.

O autuante ao abordar a infração 01 declarou tratar-se de suprimento de caixa sem comprovação e que os lançamentos constam de planilha entregue ao contribuinte, conforme documento juntado à página 6 dos autos, não tendo sido apresentados na peça de defesa quaisquer elementos comprobatórios das operações financeiras.

No tocante à infração 02, que contempla o lançamento de ICMS por substituição tributária, houve a tentativa da defesa de associar esta imputação com a que foi encartada no item 01 do lançamento. O autuante rebateu esse argumento afirmando que as infrações têm origens distintas: a primeira tem relação com o livro caixa e, a segunda cobrança, originou-se da falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária.

Em relação à infração 03 o autuante declarou que as notas fiscais indicadas no relatório de apuração referem-se a documentos eletrônicos que constam no arquivo entregue ao contribuinte, com todos os DANFES dos anos de 2009 e 2010. Sendo assim, não haveria que se falar em não aquisição das mercadorias acobertadas por aqueles documentos. Somente para as notas fiscais nº 59578, de 28/12/2010, e nº 3193, de 30/12/2010, houve a demonstração dos respectivos registros nos livros de entrada do ano de 2011. O autuante sugeriu a exclusão dos valores correspondentes, no importe, respectivamente, de R\$ 3.382,50 e de R\$ 255,00 da referida infração, mantendo as demais parcelas lançadas.

No que se refere à infração 04 informou que na cobrança vinculada à nota fiscal nº 97 houve um erro na numeração transposta para o demonstrativo, gerando a indevida inclusão deste documento no processo. Pede que essa parcela, relativa ao mês março de 2010, no valor de R\$ 243,00, seja excluída da exigência fiscal.

Apresentou novos demonstrativos para as infrações 03 e 04, anexados às fls. 74 a 77, finalizando a informação fiscal com o pedido de declaração de procedência parcial Auto de Infração.

O sujeito passivo foi notificado do inteiro teor da informação fiscal e respectivos demonstrativos, em 15/01/2015, conforme Termo juntado à fl. 81 e comprovante do A.R. (fl. 84). Foi concedido o prazo de 10 (dez) dias ao contribuinte para a juntada de contra-razões, porém, a defesa nada mais trouxe ao processo.

VOTO

O presente Auto de Infração é composto de 4 (quatro) infrações, conforme acima relatado.

O contribuinte requereu a realização de diligência visando elucidar os fatos relacionados com as irregularidades apuradas na ação fiscal.

Com fulcro no art. 147, inciso I, letra “a”, indefiro a solicitação de diligência, pois os elementos existentes no processo são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores dessa

instância administrativa. Essa constatação será melhor detalhada no exame de mérito de cada uma das ocorrências fiscais.

No que tange à primeira ocorrência, relacionada ao suprimento de caixa de origem não comprovada, limitou-se o autuado a afirmar ter contraído empréstimos junto à empresa José Luiz Jesus de Oliveira, com a observação de que este contribuinte atualmente se encontra desativado. Disse ainda que a documentação comprobatória da operação de empréstimo está sendo localizada, requerendo a sua posterior juntada a este PAF. Com relação às notas fiscais nº 101.526 e nº 148.524, a defesa contesta a cobrança com o argumento de que as operações de aquisição foram levadas a registro no livro de Entradas de Mercadorias.

Observo que em relação a este item do A.I., a acusação fiscal se encontra devidamente respaldada em provas documentais, juntadas ao PAF às fls. 14 a 21, correspondente aos lançamentos dos empréstimos levados a registro no livro Caixa da empresa e os desembolsos relacionados às aquisições acobertadas pelas notas fiscais nº 101.526 e nº 148.524, datadas, respectivamente, de 27/02/09 e de 08/09/09. O contribuinte foi intimado a comprovar documentalmente o efetivo ingresso dos recursos financeiros decorrentes dos empréstimos na conta caixa. Até o presente momento nada foi apresentado no PAF.

Da mesma forma nada foi anexado aos autos que atestasse os registros no livro Caixa dos desembolsos relacionados às entradas de mercadorias através das Notas Fiscais nº 101.526 e nº 148.524. Houve tão somente o registro fiscal das operações no livro de Entradas de Mercadorias, porém, a contabilização do pagamento dessas aquisições no Caixa não foi comprovada, revelando assim que as mesmas foram quitadas com recursos provenientes de operações de saídas tributadas sem o recolhimento do imposto.

Para essas situações a legislação do ICMS, no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, prescreve que ***“O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos 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”***.

O item 01 do Auto de Infração é, portanto, procedente, visto que o sujeito passivo não apresentou na defesa as provas que poderiam afastar a presunção legal de ocorrência de operações configuradoras do fato gerador do ICMS.

No tocante à infração nº 02, a exigência fiscal está concentrada na cobrança do ICMS a título de antecipação por substituição tributária, relativamente às notas fiscais nº 13.706, de 06/02/10, e nº 13.471, de 29/01/10 (docs. fls. 23 e 24), que acobertaram a entrada de carne bovina salgada (charque), proveniente de fornecedor localizado no Estado de Minas Gerais. Trata-se de operações com produtos comestíveis resultantes do abate de gado bovino, cujas operações estavam submetidas ao regime da antecipação por força do disposto no art. 353, inc. II, item 9, do RICMS/97, aprovado pelo Dec. nº 6.284/97.

O contribuinte, por ocasião da defesa, alegou tão somente que a referida imputação fiscal estava relacionada à primeira acusação, pedindo a improcedência desta exigência após a comprovação documental dos empréstimos financeiros.

A alegação empresarial é totalmente descabida, visto que a exigência de ICMS por antecipação tributária de mercadorias enquadradas no regime de substituição nada tem haver com a exigência do imposto, por presunção, decorrente de suprimentos de recursos financeiros de origem não comprovada.

O item 2 é também totalmente procedente.

No que tange às infrações 3 e 4,concernente às multas por descumprimento de obrigações acessórias, em razão da falta de registro no livro de Entradas de notas fiscais de aquisição de mercadorias, verifico que a exigência fiscal tem respaldo na relação de documentos fiscais existente no CFAMT. Essa relação foi juntada às fls. 11 e 12 do PAF juntamente com as cópias do DANFEs reproduzidas em mídia eletrônica (CD anexo – fl. 26) e entregues ao contribuinte.

Por ocasião da defesa, o sujeito passivo, em relação à infração 03, nega ter efetuado as compras das mercadorias acobertadas pelas notas fiscais relativas às ocorrências de 31/01/2009, 28/02/2009, 31/10/2009, 31/01/2010, 31/03/2010 e 31/10/2010. Com relação às notas fiscais eletrônicas nº 59578, de 28/12/2010, e nº 3193, de 30/12/2010, anexou prova, na inicial, dos respectivos registros no livro de entradas do mês de janeiro de 2011 (doc. fl. 62).

Não acolho a tese defensiva no tocante à alegação de que não efetuou as aquisições listadas no item 03 da autuação, visto que a relação do CFAMT constituiu prova suficiente a evidenciar que as mercadorias ingressaram no Estado da Bahia e foram direcionadas para o estabelecimento da empresa autuada. A relação do CFAMT demonstra que as notas fiscais foram retidas nos postos de fiscalização localizados no território baiano, vistoriadas e depois liberadas para entrega da carga ao sujeito passivo.

Todavia, excludo da autuação as NFs-e nº 59578, de 28/12/2010, e nº 3193, de 30/12/2010, pois foi demonstrado no processo que os referidos documentos foram registrados no livro fiscal da empresa, no mês de janeiro de 2011.

A infração 3, portanto, é parcialmente procedente, devendo ser excluída a ocorrência relacionada ao fato gerador de 31/12/2010, passando o seu demonstrativo de débito a apresentar a seguinte configuração:

INF.	D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. DEVIDO	MULTA
3	31/01/2009	09/02/2009	156,80	156,80	10%
3	28/02/2009	09/03/2009	72,00	72,00	10%
3	31/10/2009	09/11/2009	1.360,00	1.360,00	10%
3	31/01/2010	09/02/2010	1.320,00	1.320,00	10%
3	31/03/2010	09/04/2010	1.520,00	1.520,00	10%
3	31/10/2010	09/11/2010	66,85	66,85	10%
3	31/12/2010	09/01/2011	3.637,50	0,00	10%
TOTAL DA INFRAÇÃO 3			8.133,15	4.495,65	

Em relação à infração 04 o autuado reconheceu, na peça de defesa, o equívoco cometido no tocante à falta de registro das notas fiscais de aquisição de mercadorias não tributadas no livro de Entradas de Mercadorias, pedindo, tão somente, a exclusão da N.F. nº 97, com data de ocorrência de 31/03/2010, visto que o referido documento sequer foi anexado ao Auto de Infração. O autuante, por ocasião da informação fiscal, acolheu o pedido da defesa, afirmando inclusive ter havido a indevida inserção desse documento no demonstrativo de débito, que totalizou a multa de R\$ 243,00. Acolho a pretensão defensiva, passando o demonstrativo de débito da infração 04, a ter a composição abaixo reproduzida:

INF.	D.OCORRÊNCIA	D.VENCIMENTO	VLR. LANÇADO	VLR. DEVIDO	MULTA
4	28/02/2009	09/03/2009	10,89	10,89	1%
4	31/03/2009	09/04/2009	183,00	183,00	1%
4	30/09/2009	09/10/2009	46,00	46,00	1%
4	31/12/2009	09/01/2010	5,55	5,55	1%
4	31/01/2010	09/02/2010	1,19	1,19	1%
4	28/02/2010	09/03/2010	0,27	0,27	1%
4	31/03/2010	09/04/2010	248,25	5,25	1%
4	31/07/2010	09/08/2010	12,56	12,56	1%
4	31/08/2010	09/09/2010	0,31	0,31	1%
4	30/09/2010	09/10/2010	216,08	216,08	1%
TOTAL DA INFRAÇÃO 4			724,10	481,10	

O pedido subsidiário da impugnante de exclusão ou adequação das penalidades decorrentes do descumprimento de obrigação principal, com base na alegação defensiva do caráter confiscatório das multas nos percentuais de 100%, 70% e 60%, acarretando ofensa às garantias constitucionais, não há como ser acolhido no CONSEF. As penalidades lançadas no Auto de Infração estão previstas em Lei (art. 42, inc. II, letra “d” e inc. III, da lei nº 7.014/96), não se incluindo na competência deste órgão julgador administrativo a declaração de inconstitucionalidade ou a negativa de aplicação de norma vigente no ordenamento, nos termos previstos no art. 167 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Frente ao acima exposto, nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279733.0021/14-0**, lavrado contra **IRACI DE JESUS MARINHO & CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$19.351,40**, acrescido das multas de 70% sobre R\$14.712,43; de 100% sobre R\$2.064,23; e de 60% sobre R\$2.574,74, previstas, respectivamente, no art. 42, incisos III e II, letra “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais; além das multas por descumprimento de obrigações acessórias, no valor de **R\$4.976,75**, previstas no art. 42, incisos IX e XI, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios calculados na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala de sessões do CONSEF, 23 de julho de 2015.

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO - PRESIDENTE

TOLSTOI SEARA NOLASCO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO– JULGADORA