



PAT Nº : 037/2009 – 6ª URT, 132272/2009-1 – SET
AUTO DE INFRAÇÃO Nº : 01553/6ª URT, de 26/06/2009
AUTUADA : DUARTE & SANTIAGO LTDA
ENDEREÇO : Rua Raimundo Jovino, 9, 2º Andar, Planalto 13 de Maio
– Mossoró/RN
AUTUANTE : EDILSON LUIZ DE SOUZA, mat. 8.791-2
DENÚNCIA : Falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita
de origem não comprovada, referente aos períodos de
2005, 2006 e 2007.

DECISÃO Nº 213/2011 – COJUP

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DISSIMULADO POR RECEITA DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. 1. Tem procedência o levantamento fiscal que demonstra a ocorrência de despesa maior que a receita, cujo resultado revela-se representativo de diferença tributável. 2. O contribuinte não consegue provar o contrário; deixando de apresentar documentos comprobatórios do alegado, mesmo tendo sido intimado a fazê-lo após sua impugnação. 3. Multa “desproporcional e sem caráter de razoabilidade” prevista na própria Legislação Tributária Estadual. 4. **Ação fiscal procedente.**

DO RELATÓRIO

DA DENÚNCIA

1. Infere-se do Auto de Infração em epígrafe que a Pessoa Jurídica, acima qualificada, infringiu o art. 150, incisos III e XIII, do Regulamento do ICMS – RICMS/RN, aprovado pelo Decreto nº 13.640, de 13 de novembro de 1997, pela



falta de recolhimento do ICMS dissimulado por receita de origem não comprovada, referente aos períodos de 2005, 2006 e 2007.

2. Para tal infração foi proposta penalidade disposta no art. 340, inciso I, alínea “g”, sem prejuízo dos acréscimos monetários previstos no art. 133, ambos do Regulamento supracitado; resultando numa multa no valor de R\$ 23.009,34 (vinte e três mil, nove reais e trinta e quatro centavos), além da exigência do pagamento do imposto no valor de R\$ 15.339,56 (quinze mil, trezentos e trinta e nove reais e cinquenta e seis centavos), perfazendo um crédito tributário no valor de R\$ 38.348,90 (trinta e oito mil, trezentos e quarenta e oito reais e noventa centavos).

DA IMPUGNAÇÃO

3. Interpondo impugnação contra a denúncia oferecida pelo fisco, a autuada, por meio de seus advogados, apresentou sua defesa centralizada nos seguintes pontos:

“ – Ocorrência (falta de recolhimento) – considerações sobre fluxo de caixa – recursos não considerados pela fiscalização – autuação sem motivação.

A autuação considera que a empresa deixou de recolher ao Erário o valor do ICMS no importe informado nos autos, tendo como motivação a ausência de fundos (recursos financeiros) para solver obrigações.

Desta feita a fiscalização com base em informações colhidas às fls. dos autos, considera que a empresa efetuou pagamentos sem os recursos necessários, ao menos justificados.

Contudo, a empresa não manteve-se sem os recursos como aponta o Ilmo. Sr. Auditor Fiscal.

Compulsando os autos, percebe-se que à planilha inicial das considerações do fluxo negativo, não contempla os saldos iniciais, ou seja, os saldos finais de 2004.

Entende-se por princípio da continuidade o fato pragmático do fato de um ativo manter-se como tal ou transformar-se, total ou parcialmente, em despesas. De tal modo, atende o referido princípio nas interferências dos valores economicamente movimentados pela entidade, de tal sorte, em razão de ser o Ativo, compostos pelas contas de caixa e bancos da entidade.



Neste pulsar, os saldos de contas de 2004, sejam, bancários ou de recursos próprios, bem como duplicatas a receber, foram desprezadas pela Auditoria Fiscal.

Atendendo ainda ao reclamo da ausência de tal consideração, vem a impugnante, apresentar o seu livro caixa do mês de janeiro de 2005, onde retrata o saldo final de 2004 no importe de R\$ 3.038,11 (três mil, trinta e oito reais e onze centavos).

Do mesmo documento, comprova-se que os sócios investem na entidade o valor de R\$ 125.000,00 (cento e vinte e cinco mil reais), para futura integralização.

Portanto, o caixa da empresa, *contrário sensu*, o entendimento da fiscalização, não é carente de recursos para saneamento de suas despesas e/ou pagamentos de obrigações.

– Do princípio da razoabilidade e proporcionalidade – ato vinculado – vedação ao confisco – lançamento tributário e razoabilidade.

Apesar de o lançamento, ato que constitui o crédito tributário, ser ato vinculado está ele sujeito aos controles de legalidade e constitucionalidade, tal qual todo ato administrativo.

O Código Tributário Nacional estabelece tal margem de dirigibilidade da autoridade administrativa, pois permite a modificação do lançamento tributário em dadas situações (artigo 145, CTN), autorizando até mesmo se preenchidas as hipóteses do artigo 149 e incisos, CTN).

O princípio da tutela está expresso no CTN ao permitir a autoridade fazendária a rever o tributo lançado de ofício, entendendo que de maneira suavizada quando se tratar de multa nitidamente confiscatória.

No CTN (artigo 108, § 2º) encontramos que: “o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”.

Razoabilidade no caso, por ser norma constitucional, é imperativo de ponderação no uso da exação, sendo fato moderador na incidência, não se prestando a dispensar completamente, mas sim a nivelar e evitar a incidência de multas tributárias confiscatória, como verificamos constantemente.

Deste feito, o lançamento não se mostra razoável e nem proporcional ao feito, pois assume o caráter de confisco tributário, uma vez que, como prevê a lição de Marcio Pestana⁹:



“No campo tributário, o conflito é mais do que evidente e profuso. Confessamos não conhecer pessoa física ou jurídica que, no Brasil, apresente-se satisfeita em recolher tributos, ao menos, no que se refere à carga exuberante com que vem sendo atualmente exigida dos contribuintes. A oposição do interesse público em relação ao interesse individual é marcante no âmbito do Direito Tributário, o que suscita, iterativamente, controvérsias que são levadas à Administração Pública para serem resolvidas.”

Daí o entendimento que a administração ao autuar o contribuinte, exigindo o cumprimento da obrigação principal – que é totalmente legítimo tal incursão – deverá ser manter obstada de aplicar multas de caráter confiscatório, pois, em percentuais exorbitantes, só impede qualquer tentativa ou possibilidade de regularização da obrigação inadimplida. *(se é que é legalmente exigível em seus motivos expositivos de exigência).*”

Por fim, requer “a total improcedência da autuação”.

DA CONTESTAÇÃO

O autor do procedimento fiscal assim contesta:

“(…) todos os dados que deram origem a autuação foram informados pelo próprio contribuinte como consta das folhas 03 a 11 deste auto. Como fato novo acrescenta às fls. 37 e 38, xerox do Livro Caixa da empresa, onde apresenta uma integralização no valor de R\$ 125.000,00 (Cento e vinte e cinco mil reais) no dia 31/01/2005. Contudo não apresenta nenhum documento comprobatório desta integralização, e, conforme pensamento desta fiscalização, a origem dos recursos continuam desconhecidas, pois as folhas 37 e 38 apresentadas podem ser facilmente impressas por qualquer sistema operacional, o que reforça o enquadramento dado a ocorrência, que na verdade foi **dissimulação por receita de origem não comprovada.**

Em seguida o contribuinte através dos seus defensores propõe uma inversão do ônus da Prova quando requer do Estado todos os meios de provas, já tendo os dados sido declarados e reconhecidos pelo contribuinte através das informações por ele prestadas a esta Secretaria de Tributação, conforme já mencionado às (fls. 03 á 11), quanto a dívida e aos atos dolosos, não deixaram de existir, já que nada foi modificado e não foi apresentado em nenhum momento provas do contrário.

Com relação a desproporcionalidade das multas a que se refere os Doutos defensores informamos que o servidor público não possui poder



discricionário, que é aquele que o direito concede à Administração Pública para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo, e sim o poder **Vinculado** ou Regrado, que é aquele que a lei confere à Administração Pública para prática de ato de sua competência, determinando os elementos e requisitos necessários à sua formalização. Ficando a Administração Pública inteiramente presa aos dispositivos legais, não havendo opções ao administrador: diante de determinados fatos, deve agir de tal forma.”

Conclui-se, esperando “a manutenção do presente Auto de Infração”.

DOS ANTECEDENTES

Consta dos Autos, conforme Termo de Informação sobre Antecedentes Fiscais, às fls. 45, que a autuada não é reincidente na prática do ilícito fiscal denunciado.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

Tendo em vista que a autuada em sua Impugnação reclamou que “os saldos de contas de 2004, sejam, bancários ou de recursos próprios, bem como duplicatas a receber, foram desprezadas pela Auditoria fiscal”, solicitamos documentos e pronunciamento a respeito desses pontos, como, também, da “integralização futura” do dia 31/01/2005.

O que, em síntese, foram assim apresentados:

“1. DA APRESENTAÇÃO DOS DOCUMENTOS FISCAIS PELA EMPRESA:

Inicialmente devo informar que o contribuinte não apresentou a documentação solicitada nas Intimações Fiscais, recebidas através dos Avisos de Recebimentos: RJ 58091139 5 BR; RO 99253068 BR; RK 88267138 1 BR, além da ciência da sócia Negime Maria Duarte Santiago, CPF: 243.052.784-72, às 10h45min, do dia 09 de agosto de 2011 no próprio termo de intimação anexo.



Assim, o contribuinte deixou de instrumentalizar o processo, demonstrando a verdade material dos fatos, quando não documentou os eventos alegado na folha 19 da impugnação.

2. DO TERMO “INTEGRALIZAÇÃO FUTURA”, CITADO NO LIVRO CAIXA, SEGUNDO A DOCTRINA:

A empresa FRANCISCO FERREIRA DUARTE & FLHOS LTDA, registrada na Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte –JUCERN, sob o n° 26/76 em 07.01.1976, teve sua razão social alterada, através da Clausula 8° do Aditivo n° 09, para sociedade empresária DUARTE & SANTIAGO LTDA.

No Instrumento de Consolidação do Contrato Social e dos Aditivos Contratuais de 01 a 09, determinado pelo Código Civil, aprovado pela Lei n° 10.406/2002, a Cláusula 4ª menciona que o Capital Social da empresa DUARTE & SANTIAGO LTDA, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) já havia sido Subscrito e Integralizado.

Dessa forma, por ocasião a constituição de uma empresa, tem-se como lançamento de abertura da escrita a subscrição do capital e, em seguida, a realização (integralização), total ou parcial, desse capital.

Portanto, o termo “*Integralização Futura*”, mencionado no Livro Caixa da empresa, desenvolvido pelo Contador e Advogado do sujeito passivo, se encontra tecnicamente incorreto ou, no mínimo, incompleto, pois, se o capital havia sido integralizado quando da constituição da empresa na década de setenta, não haveria como integralizar novamente aquele capital.

Nesse sentido, o histórico apurado no livro caixa a empresa [fl. 37] “*recebido integralização futura*” deveria ser mais claro e objetivo como: “*recebido dos sócios para aumento de capital futuro*”, mesmo assim, estaria incorreta, desta feita, não a técnica, mas, sobretudo, a forma de aumentar o capital social da empresa, em espécie, sem demonstrar a origem dos recursos levantados para tal finalidade.”

Este o relatório.

Passando a fundamentar e decidir.



DO MÉRITO

Nestes Autos o contribuinte é denunciado pela falta de recolhimento dissimulado por receita de origem não comprovada, referente aos período de 2005 a 2007, conforme demonstrativo anexo que constitui parte integrante do Auto de Infração em questão.

A autuação efetuada pelo Fisco encontra amparo na Legislação Tributária Estadual, em consonância com o estabelecido nos arts. 352, § 1º, e 361, incisos I, II e V, do RICMS/RN, *in verbis*:

Art. 352. *No caso da escrituração do contribuinte indicar insuficiência ou suprimentos de caixa não comprovados, ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, considera-se o respectivo valor como saídas de mercadorias tributáveis em operação interna e não registrada, exigindo-se o respectivo imposto, sem o prejuízo da multa regulamentar, ressalvando-se ao contribuinte a prova da improcedência dos valores apresentados. (NR Dec. 16.094 de 07/06/2002).*

§ 1º *Caracteriza-se ainda como insuficiência de caixa, qualquer situação em que a soma das despesas, pagamentos de títulos, salários, impostos, retiradas, pró-labore, serviços de terceiros, aquisições de bens em geral e outras aplicações do contribuinte, sejam superiores às suas receitas.*

Art. 361. *Considerar-se-á ocorrida operação ou prestação tributável quando constatado:*

I- *suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário quer esteja escriturado ou não;*

II- *a existência de títulos de créditos quitados ou despesas pagas e não escriturados, bem como possuir bens do ativo permanente não contabilizados;*

V- *a existência de contas no passivo exigível que apareçam oneradas por valores documentalmente inexistentes;*



Havendo apropriada aplicação de dispositivos legais à infringência e penalidade, ratificada por quadro demonstrativo – resumo das constatações fiscais com base nas informações fornecidas pelo próprio contribuinte no seu Movimento Econômico Tributário e no seu Informativo Fiscal.

Por outro lado, não se vislumbra nas razões de defesa da atuada teor eficaz para invalidar o lançamento tributário de ofício; tendo em vista que não apresentou documentos que provem o contrário do que foi denunciado, mesmo tendo sido novamente intimada a fazê-lo após reclamação, em sua Impugnação, da inobservância dos “saldos de contas de 2004, sejam, bancárias ou de recursos próprios, bem como duplicatas a receber” e da “integralização futura” do dia 31/01/2005 por parte do atuante.

E, ainda, as informações e documentos, fornecidos tanto pela Delegacia da Receita Federal do Brasil em Mossoró como pela Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Norte à Diligência Fiscal, tornam evidente a omissão de receitas por parte da atuada; não cabendo, aqui, o questionamento sobre “a exigência das multas em percentuais aplicados que correspondem **150% (cento e cinquenta por cento)** aplicada sobre o valor do lançamento do imposto”, por ser “desproporcional e sem caráter de razoabilidade,” pois esta é determinada pela própria Legislação Tributária Estadual vigente. Não tendo a parte funcional poder para apontar valores diferentes dos ali previstos.

DA DECISÃO

Fundamentada, então, no exposto e considerando o que de mais consta dos Autos Processuais, JULGO PROCEDENTE o Auto de Infração de fls. 01; impondo à atuada a pena de multa no valor de R\$ 23.009,34 (vinte e três mil, nove reais e trinta e quatro centavos), sem prejuízo do recolhimento do imposto no valor de R\$ 15.339,56 (quinze mil, trezentos e trinta e nove reais e cinquenta e seis centavos), totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 38.348,90 (trinta e oito mil, trezentos e



RIO GRANDE DO NORTE
SECRETARIA DE ESTADO DA TRIBUTAÇÃO
COORDENADORIA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS

PAT nº : 037/2008 - 6ª URT
Fls. : 243

quarenta e oito reais e noventa centavos), sujeito aos acréscimos monetários legais vigentes.

Remeta-se o presente Processo à 6ª Unidade Regional de Tributação – 6ª URT, para ciência das partes e demais providências cabíveis.

COJUP, em Natal/RN, 29 de setembro de 2011.


Neyze Medeiros Santos

Julgadora Fiscal – Mat. 90.859-2