

PROCESSO - A. I. Nº 206859.0002/03-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e B. M. DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
RECORRIDOS - B. M DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JF nº 0353-04/04
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 31.01.05

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0380-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA 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. Efetuada a correção no cálculo do imposto. 2. SIMBAHIA. a) MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. b) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações caracterizadas. Não se inclui na competência deste Órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente julgamento de Recursos de Ofício e Voluntário em face da Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração nº 206859.0002/03-1, lavrado em 12/03/2003, para exigir ICMS no valor de R\$114.429,27, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta Caixa, tendo sido exigido imposto no valor de R\$113.377,77;
2. Deixou de recolher o ICMS no valor de R\$200,00, nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia);
3. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$275,00, como nos termos do item anterior;
4. Recolheu a menos o imposto no valor de R\$576,50, condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime SIMBAHIA;

O autuado impugnara a acusação fiscal, fls. 2103 a 2168 dos autos, reconhecendo que foi bom o relacionamento do autuante – Dr. Vladimir Maximo Moreira -, para com a empresa, reconhecendo sua capacidade técnica.

A defendente, para conhecimento e apreciação dos membros da Junta de Julgamento de Fiscal, discorrera sobre os princípios da legalidade objetiva, a ser observado pela autoridade fiscal, da

verdade material, da inquisitorialidade e da tipicidade cerrada (fls. 2106 a 2115) e levantara preliminares de nulidade do lançamento no tocante ao item Infração 1.

Alegara o autuado cerceamento do direito de defesa porque o autuante teria inserido no levantamento fiscal diversas notas fiscais coletadas no CFAMT, notas de que a empresa não teria conhecimento e que a simples juntada das notas fiscais aos autos pelo autuante, não comprova, por si só, a tradição dos bens em questão, que a prova seria a demonstração da tradição das mercadorias, ou a comprovação de pagamento ao remetente, coisa que não fez o preposto fiscal. Reclamou, também, a defendente, do não fornecimento de cópias das notas fiscais levantadas no CFAMT, impossibilitando o exercício do direito de defesa, o que implicaria na nulidade da autuação, conforme decisões de tribunais, que julgaram nulos procedimentos fiscais.

O autuado aduzira que o Auto de Infração, para ser aceito como documento regular de cobrança de obrigação tributária, precisa obedecer a diversos requisitos previstos na legislação, como exigido no art. 39, inciso III, do RPAF/99, dos quais um dos requisitos essenciais é a descrição do que a autoridade fiscal entende como fato gerador do tributo, indicando na acusação o fato gerador visualizado pelo agente fiscal, o que lhe daria respaldo para a exigência tributária e alegara nulidade por falta de descrição clara e precisa da acusação.

Sustentando que a ocorrência de saldo credor de caixa, ainda que fosse verdadeira, não é fato gerador do ICMS, porque inexistente na legislação tributária estadual dispositivo que indique tal ocorrência, afirmara que o autuante também não demonstrara nexo causal entre “*omissão de saídas de mercadorias tributáveis*” e “*saldo credor da Conta Caixa*”, de suma importância, para a empresa conhecer a real acusação que daria respaldo à exigência tributária. Segundo o autuado, em embasamento de sua arguição, a situação descrita não caracteriza fato gerador do ICMS conforme o entendimento de diversos autores que indica e que, descrito o fato gerador de forma equivocada, teria incorrido na nulidade do art. 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99, conforme diversas Ementas do CONSEF, que julgou nulos Autos de Infração lavrados.

Quanto à suposta falta de clareza e de explicação acerca do conteúdo existente em demonstrativo fiscal, alegara que não conseguiu entender como foram apurados os referidos apontados no “*DEMONSTRATIVO DE APURAÇÃO DO CRÉDITO DO ICMS*”, efetuado de acordo com o art. 2º da Orientação Normativa nº 01/2002, qual a sua composição, além do que o mesmo não explicou porque adotou a alíquota de 7%, a título de concessão de créditos fiscais. Pede, por esse suposto equívoco incorrido pelo autuante, a nulidade do item Infração 1 do Auto de Infração, tendo transcrito Decisão do TIT ao julgar levantamento fiscal, além da SÚMULA nº 01 do CONSEF.

O autuado alega nulidade do item Infração 1 pela suposta inexistência de pressuposto básico para cálculo do ICMS pelo regime normal, em lugar do regime simplificado (SimBahia) porque para exigir-se o ICMS pelas regras inerentes ao regime normal, seria necessário que o contribuinte estivesse cadastrado no referido regime ou quando, por algum motivo, a SEFAZ o tivesse desenhado de ofício, o que não ocorrera no seu caso, pois é de Pequeno Porte enquadrada no regime SimBahia, além do que não foi dada qualquer explicação com relação à perda do direito ao tratamento do referido regime, pois, com base no art. 408-L, do RICMS/97, que só a partir do seu desenhamento perderia o direito à adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia, mas, que não comprovada concretização de qualquer das hipóteses previstas no dispositivo acima.

Às fls. 2132 a 2134, o autuado pede que o julgador, mesmo não declarando, verifique a existência de dispositivo inconstitucional na Lei nº 7.357/98 e faça a devida representação ao Secretário da Fazenda, nos termos do art. 168, do RPAF/99.

Requeru a defendente que, diante das preliminares levantadas, o relator ao prolatar o seu voto, fizesse a apreciação de cada uma delas, sob pena de infringência ao devido processo legal.

Às fls. 2135 a 2138, o autuado volta a argüir preliminares de nulidade para as infrações 1 a 4, sob a alegação de cerceamento do direito de defesa, pelo fato do autuante e da INFAZ-Iguatemi não terem procedido nos termos da legislação tributária e com base no princípio constitucional do contraditório, e com base no art. 123 do RPAF/99, porque para apresentar a sua impugnação, é essencial que, juntamente com a ciência da empresa da lavratura do Auto de Infração, que a mesma conheça o verdadeiro teor das acusações, dos seus respectivos valores, bem como tenha em mãos, para a sua análise, todos os levantamentos e documentações fiscais em que se esteja respaldada a autuação, conforme previsto no art. 39, do RPAF/99. Alega nulidade porque, apesar da inexistência de regime híbrido de apuração do ICMS, o autuante exigiu imposto na infração 1, com base no regime normal, enquanto nas infrações 2 a 4, apurou e cobrou o tributo utilizando-se do regime simplificado de apuração (SimBahia), motivo pelo qual entende que a autuação deve ser anulada, visto que o lançamento se subordina, dentre outros, aos Princípios da Tipicidade Cerrada e da Legalidade, que não teriam sido observados pelo autuante nos seus procedimentos fiscais.

Quanto ao mérito, caso não seja decretada a requerida nulidade da ação fiscal, o autuado alega que o Auto de Infração é improcedente, em relação à infração 1, oportunidade em que pediu aos julgadores para atentarem ao disposto no Parágrafo único, do art. 155, do RPAF/99, cujo teor transcreveu, tendo alinhado os seguintes pontos:

1. que o levantamento fiscal foi elaborado com falhas, pelo fato do autuante haver considerado todas as compras à vista, tendo o autuado feito à juntada de notas fiscais e respectivas duplicatas, buscando provar que o autuante antecipara em seus levantamentos as saídas de numerários, fazendo surgir saldos credores inexistentes, além do mesmo não ter sido feito de acordo com as regras básicas de contabilidade, motivo pelo qual a autuação deve ser julgada improcedente, conforme ensinamentos de autores que indica sobre a falta de comprovação cabal da base de cálculo, além de decisões do CONSEF que julgou nulos Autos de Infração lavrados;
2. seria imprescindível considerar as movimentações bancárias da empresa, em conjunto com a movimentação do caixa, pois a empresa utiliza-se de sua conta bancária para efetuar a maioria dos seus pagamentos, para que se pudesse analisar a existência ou não, de recursos suficientes para fazer frente às despesas, o que não foi levado em conta pelo autuante, que presumiu que todo pagamento não suportado pelo caixa daria ensejo a “saldo credor de caixa”. Para fins de comprovação de existência de recursos para fazer frente a pagamentos, afirma que a empresa possui conta bancária, do tipo especial, o que pode ser comprovado pelos extratos bancários do período objeto da autuação (Anexo V);
3. falta de prova da aquisição de mercadorias por meio de notas fiscais “*levantadas via CFAMT*”, uma vez que a simples juntada das mesmas aos autos, não comprova, por si só, a tradição dos bens pela empresa, cuja comprovação seria a demonstração da entrega das mercadorias ou a de que a empresa pagou aos seus remetentes as referidas compras, sendo o ônus da prova de quem alega, com base no CPC, no CTN e no entendimento de doutrinadores, além de transcrever decisões do CONSEF que julgou nulos e improcedentes Autos de Infração, por falta de prova do cometimento da infração;
4. não se justificaria a apuração do imposto pela sistemática do regime normal, que nos termos das regras do SimBahia, supondo-se que os valores das omissões (saldo credor de caixa) apontados pelo autuante estivessem corretos, o que diz não ser o caso, o valor do

ICMS seria muito inferior aos cobrados na ação fiscal, conforme planilhas que elaborou (Anexo 4), totalizando R\$17.131,36 de ICMS.

À fl. 2155 o autuado aponta a necessidade de uma diligência por fiscal estranho ao feito e lista nada menos que dez quesitos a serem respondidos.

Alegando ser a multa proposta pelo autuante nas infrações 1 a 4 confiscatória, transcreveu entendimentos doutrinários sobre a exigência de multa, e transcreveu o teor do art. 150 e seu inciso IV, da CF/88.

O autuado pediu que o autuante prestasse sua informação com clareza, precisão, abordando todos os tópicos da defesa com fundamentação fática e jurídica e que a JJF reconhecesse a nulidade do Auto de Infração ou a sua improcedência. O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 2347 a 2353 dos autos fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas, se manifestou sobre a defesa formulada abordando todos os aspectos da autuação e da defesa, e ao concluir, diz que restou comprovada a inexistência de fundamentos legais para considerar o pedido do contribuinte, pelo que pediu a procedência do Auto de Infração.

Em face de terem sido anexados documentos à informação fiscal, encaminhou-se o PAF a INFAZ-Iguatemi, para dar ciência ao autuado, o que foi cumprido, conforme intimação à fl. 2362.

Em nova intervenção às fls. 2364 a 2377, o autuado ratifica todos os argumentos expostos em sua peça impugnatória e volta a repetir várias das alegações defensivas já relatadas, além de ter ressaltado que, ao contrário do que foi mencionado pelo autuante em sua informação fiscal, não reconheceu e nem reconhece as infrações 2 a 4, tanto que apresentou argumentos impugnatórios em relação a todas elas.

No tocante ao desenquadramento do regime SimBahia, para cobrança do imposto pelo regime normal de apuração diz que a lei não retroage e alega o Princípio da Segurança Jurídica.

Acerca dos desembolsos de numerários alega que o levantamento não foi feito de acordo com as regras básicas de contabilidade, razão pela qual a infração deve ser julgada Improcedente.

Argumenta que o autuante se equivocou ao entender que contas de energia, telefone, etc., pagas por terceiros, por meio de débitos automáticos em contas bancárias dos mesmos, representam saídas de numerários do caixa da empresa, sendo inaceitável que tais valores sejam lançados a crédito da referida conta.

Sustenta que para se saber a respeito das disponibilidades financeiras de uma empresa, é imprescindível uma análise conjunta e simultânea, da movimentação dos numerários do caixa e do banco e que o autuante na sua informação fiscal, nada comentou a respeito desta alegação em sua impugnação.

Com relação à planilha elaborada pela empresa (Anexo 4), diz que o autuante não se manifestou a respeito, o que leva a empresa a concluir que o mesmo concordou com o seu teor, nos termos do RPAF/99.

Quanto a quitação apresentada em sua impugnação, diz que o autuante em sua informação fiscal sugeriu que fosse respondida por fiscal estranho ao feito, oportunidade em que repetiu às fls. 2372 a 2375 quesitos formulados anteriormente.

Ao finalizar, requer que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração. Pede ainda que, não obstante o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, com base no art. 155, Parágrafo único, do RPAF/99, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

Em nova informação fiscal à fl. 2379, o autuante, após fazer um resumo dos argumentos do autuado em sua segunda intervenção, disse que o autuado, em nenhum momento discute ou apresenta fatos contrários à cobrança do ICMS referente às infrações 2, 3 e 4, pelo que entende desnecessário acrescentar algo ao que já está contido nos demonstrativos anexos ao processo; que por problema com a máquina xerox, não pôde entregar imediatamente ao contribuinte as cópias das notas fiscais do CFAMT, entretanto, registra que, quando o procurador da empresa esteve na repartição, foram-lhe entregues as respectivas cópias, tendo o mesmo se negado a recebê-las, fato que lhe causou estranheza; quanto aos demais questionamentos, diz que nada de novo tem a acrescentar, uma vez que o contribuinte apenas repetiu alegações já feitas anteriormente, que diante dos fatos acima, ficara comprovada a inexistência de fundamentos legais para considerar o pedido do contribuinte, pelo que pede a procedência do Auto de Infração.

O D. relator do processo na Primeira Instância promoveu a conversão do processo em diligência para que a INFAZ-Iguatemi fornecesse ao contribuinte cópias dos documentos, mediante recibo a ser anexado aos autos e reabriu-se o prazo de defesa por 30 dias, tendo o autuado às fls. 2387 a 2391, argumentado que o não fornecimento das notas fiscais pelo autuante não foi o único equívoco cometido ao longo da fiscalização, já que em sua peça impugnatória foram apontados outros incorridos na ação fiscal levada a efeito, ratificou todas as alegações e argumentos já presentes no PAF e voltou a lembrar a necessidade de se baixar os autos em diligência a ASTEC, para que preposto fiscal estranho ao feito, dentre outras providências, responda a quesitação apresentada quando da sua impugnação. Ao concluir, requer seja reconhecida a Nulidade do Auto de Infração ou a sua Improcedência.

O PAF foi convertido em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 2399, tendo o auditor incumbido de sua realização, mediante o Parecer ASTEC nº 0256/03, concluído que após efetuar as devidas correções, o valor do imposto cobrado pelo autuante no valor de R\$113.377,77 na infração 1, ficou reduzido para a importância de R\$52.660,53, do que foi dada ciência ao autuado e ao autuante, conforme documentos às fls. 2408, 2409 e 2422.

Em nova intervenção às fls. 2411 a 2418, sobre a diligência da ASTEC, o autuado, inicialmente, disse ratificar todos os argumentos expostos em sua peça impugnatória, bem como nas subseqüentes, alegou cerceamento do seu direito de defesa, pela falta de entrega a empresa da cópia do pedido de diligência elaborado pela 4ª JF, pois somente lhe foi entregue cópia do Parecer da ASTEC, fato que o impossibilitou de verificar se o diligente se afastou ou não do solicitado pela 4ª JF e pediu que lhe fosse entregue cópia do pedido de diligência, bem como reaberto o prazo de dez dias para nova manifestação acerca da revisão efetuada. Alegou, também, falta de clareza e de explicações a respeito das tabelas 1 e 2 elaboradas pelo diligente da ASTEC e apontou às fls. 2413 e 2414 os equívocos incorridos pelo diligente, aduziu que o diligente não se pronunciou a respeito das planilhas elaboradas pela empresa e anexadas em sua impugnação e fez as seguintes indagações:

“por que o diligente não calculou o ICMS pela sistemática do SIMBAHIA até o mês de dezembro/2002? Por que parou no mês de setembro/2000 (tabela 01), Ele nada disse....Como o contribuinte pode contestar os argumentos que teriam levado o revisor a adotar tal procedimento? Impossível...”

Sustentando, com base nos elementos materiais fornecidos pelo autuante, que teria havido cobrança do imposto em duplicidade, já que o mesmo afirmou que nos exercícios de 1999, 2000 e 2001 houve saldo credor da Conta Caixa, no entanto, o mesmo disse ter havido omissão de saídas de mercadorias nos referidos exercícios.

Às fls.2415 a 2416, o autuado apontou um equívoco incorrido pelo autuante na auditoria de caixa e não corrigido pelo diligente da ASTEC. Segundo o autuado, se fosse feita a correção, o total do ICMS devido em todos os meses da autuação seria de R\$1.167,61, conforme planilha acostada à fl. 2419.

Ao finalizar, voltou o autuado a requerer a nulidade do Auto de Infração ou que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante ao se pronunciar à fl. 2422 sobre a diligência da ASTEC, disse concordar com o levantamento elaborado pelo auditor e, sobre os repetidos argumentos defensivos, informou que nada tem a acrescentar.

O PAF foi submetido mais uma vez a pauta suplementar por proposta deste relator, tendo a 4ª JF decidido pela sua conversão em diligência, para que o auditor da ASTEC respondesse aos questionamentos apresentados pelo autuado, o que foi cumprido, conforme Parecer às fls. 2428 a 2436.

Após rebater os questionamentos do autuado, o diligente elaborou à fl. 2436 um novo demonstrativo de débito do imposto, cujo total importou em R\$60.730,31.

Novamente deu-se ciência ao autuado e ao autuante do Parecer da ASTEC, o que foi atendido, conforme documentos às fls. 2439, 2440 e 2456.

O autuado em nova intervenção às fls. 2442 a 2453, inicialmente, repetiu argumento já esposado em manifestação anterior, de que não lhe foi entregue cópia do pedido de diligência solicitado por esta 4ª JF.

Às fls. 2444 a 2446, o autuado em relação aos Pareceres da ASTEC de n.ºs. 2444 a 2446, voltou a reproduzir argumentos já formulados anteriormente, oportunidade em que transcreveu trechos do último Parecer e afirmou que os autos constituem uma verdadeira “colcha de retalhos”, o que impossibilita entender os números existentes nos demonstrativos fiscais, por mais que se tente,

que não é caso de eventual omissão e incorreção ou exigência de natureza formal e sim de faltas gravíssimas, insanáveis, relacionadas com o mérito da lide e que de acordo com o art. 18, parágrafo 1º, do RPAF/99, o Auto de Infração deveria ser objeto de revisão fiscal, a fim de que seja consertado, e possa, assim, ser levado adiante, mas que o caso é de nulidade do Auto de Infração por não se tratar de meros erros formais. Por isso ratificou mais uma vez o pedido de decretação da Nulidade do Auto de Infração.

Ainda em sua defesa, o autuado alega cerceamento do seu direito de defesa, pela não concessão de prazo legal suficiente para se pronunciar acerca do Parecer da ASTEC nº 0098/2004, já que lhe foi concedido apenas o prazo de dez dias, disse que o diligente no Parecer anterior informou que a empresa recolheu valor de imposto maior do que o devido, fato ocorrido no mês de maio/00 e não considerado, no entanto, o mesmo concluiu neste último que *“não cabe a este diligente e sim ao autuado reclamar, nos termos do art. 74 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7629/99, a restituição do referido valor.”*

Às fls. 2449 a 2551, o autuado repete argumentos já formulados anteriormente, relacionados à falta de pronunciamento do diligente a respeito das planilhas elaboradas pela empresa, bem como de que houve cobrança do imposto em duplicidade.

Ao finalizar, requer que seja reconhecida a nulidade do Auto de Infração. Pede ainda que, não obstante o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, com base no art. 155, Parágrafo único, do RPAF/99, que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

A 4ª JJF, a unanimidade, acolhendo o voto do D. relator Dr. Antonio Aguiar de Araújo, a seguir transcrito, decidiu pela procedência em parte do Auto de Infração e recorreu de ofício da própria Decisão a uma das Câmaras de Julgamento Fiscal deste Conselho de Fazenda:

“VOTO

Inicialmente, com referência ao questionamento do autuado de que o art. 19, da Lei nº 7.357/98, fere a legalidade, ressalto que nos termos do art. 167, I, do RPAF/99, não cabe a este Órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, razão pela qual não me manifestarei a respeito.

Acerca das preliminares de nulidades suscitadas pelo sujeito passivo, as mesmas não merecem o meu acolhimento, pelas seguintes razões:

1 - Em relação ao cerceamento do direito de defesa, pelo fato do autuante haver incluído no levantamento fiscal diversas notas fiscais coletadas no CFAMT, cujas notas a empresa não tem conhecimento, além do que as mesmas não comprovam a tradição das mercadorias nelas consignadas, não procede. Esclareço que, por proposta deste relator e aceita pelos demais componentes desta 4ª JJF, o PAF foi convertido em diligência a INFAZ-Iguatemi, para que fosse fornecida cópia ao autuado das notas fiscais, o que foi cumprido, conforme documento à fl. 2384B.

Ao examinar as notas fiscais acostadas ao PAF pelo autuante, observei que em todas elas consta como destinatário o estabelecimento autuado, fato que comprova, extreme de dúvidas, a efetividade das operações de compras junto aos seus fornecedores. Ademais, na maioria das compras efetuadas, a modalidade de pagamento foi a prazo, circunstância que corrobora ainda mais as transações comerciais entre o autuado e os emitentes dos documentos fiscais. É que nesta modalidade de pagamento, o fornecedor, antes de atender o pedido de compra, toma informações junto a outras empresas, inclusive em estabelecimentos de crédito, para se

inteirar sobre a regularidade do cliente no cumprimento de suas obrigações e jamais efetivará qualquer venda a empresas inadimplentes;

II - No tocante à falta de descrição clara e precisa da acusação, ressalto que, em razão do Auto de Infração ser emitido por sistema eletrônico de processamento de dados, a acusação de “omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa” é a padrão para a infração que foi praticada pelo autuado, a qual é perfeitamente compreendida por outros contribuintes quando são autuados pela fiscalização estadual. Considero, portanto, sem nenhum fundamento a alegação defensiva;

III - Sobre a alegação do autuado de falta de clareza e de explicação acerca do conteúdo existente no levantamento fiscal (Demonstrativo de Apuração do Crédito do ICMS), onde o autuado argumenta que não conseguiu entender como foram apurados os referidos valores, entendo oportuno prestar os seguintes esclarecimentos:

a) antes da lavratura do Auto de Infração, foi expedida pelo Comitê Tributário da Secretaria da Fazenda a Orientação Normativa nº 01, de 10/07/2002, com a finalidade de orientar os trabalhos de auditoria fiscal nos estabelecimentos inscritos no regime SIMBAHIA;

b) com base na orientação acima, o autuante elaborou os demonstrativos acostados ao PAF, deduzindo do valor do imposto apurado sobre as omissões, o valor do crédito fiscal a que fazia jus o autuado.

Conclui-se, portanto, que o argumento defensivo é inconsistente.

IV - No tocante a inexistência de pressuposto básico para cálculo do ICMS pelo regime normal, em lugar do regime SIMBAHIA, em que o autuado alega que somente poderia ser aplicado após o seu desenquadramento, de ofício, por parte da SEFAZ, não prospera. É que a Lei nº 7.357/98, que instituiu o regime SIMBAHIA, prevê no seu art. 15, que perderá a adoção do tratamento tributário no referido regime à empresa que, dentre outras ocorrências, incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a qual ficará sujeita ao pagamento do imposto como se não fizesse jus ao tratamento simplificado. Dessa forma, mais uma vez fica demonstrada que não procede à alegação defensiva;

V - Quanto a preliminar de nulidade levantada pelo autuado, ao se manifestar sobre a diligência da ASTEC, segundo a qual não lhe foi fornecido cópia do pedido formulado por esta 4ª JJF, entendo impertinente, pois, inexistente no RPAF/99, qualquer dispositivo que preveja a obrigatoriedade de entrega da cópia do referido pedido ao sujeito passivo ou ao seu patrono. Ademais, de acordo com o art. 124, do regulamento supra, durante o prazo de defesa, o processo permanecerá na repartição local, onde o sujeito passivo ou seu representante dele poderá ter vista, na forma do art. 11, podendo os solicitantes interessados extrair cópias de qualquer de suas peças.

Em razão do acima exposto e por entender que o presente lançamento fiscal não se enquadra em nenhum dos incisos e alíneas, do art. 18, do RPAF/99, afasto as preliminares suscitadas na peça defensiva.

Com relação ao pedido de perícia formulado, indefiro o mesmo, já que a diligência da ASTEC, a pedido deste relator, fez as devidas correções no levantamento do autuante e apurou corretamente o imposto devido.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, o meu posicionamento a respeito das infrações é o seguinte:

Infração 1 - Reporta-se a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada mediante a constatação de saldo credor de caixa.

Para apuração dos valores do imposto, o autuante elaborou o demonstrativo do movimento diário de caixa, com base nos documentos anexados aos autos, onde constatou saldos credores na referida conta em quase a totalidade dos meses.

Sobre a autuação, entendo que as alegações defensivas não elidem a exigência fiscal, pelos seguintes motivos:

I - Em relação ao argumento defensivo de que foi computada no levantamento de caixa todas as compras como à vista, não procede, já que o autuante, pelo fato da empresa haver “extraviado” todas as duplicatas, conforme declaração à fl. 22, considerou em sua auditoria como datas de pagamentos as datas de vencimento consignadas nas notas fiscais e nos pedidos de compras, enquanto nas que não constavam o vencimento, as mesmas foram lançadas nas datas de sua emissão. Caso algumas das duplicatas tivessem sido pagas em datas posteriores, deveria o autuado comprovar, mediante declaração dos seus fornecedores a data efetiva dos seus pagamentos, já que o ônus da prova, em se tratando de Direito Tributário, cabe ao sujeito passivo;

II - Quanto a não inclusão no levantamento de caixa da movimentação bancária da empresa, já que efetua a maioria dos seus pagamentos por meio de cheques, possuindo inclusive cheque especial, ressalto que o autuante quando de sua informação fiscal rechaçou tal argumento, dizendo que intimou o contribuinte para apresentar toda a documentação fiscal, o livro caixa, etc., todavia, não foi atendido. Ressalto que sobre o livro Caixa apresentado pela empresa, o autuante diz que no mesmo não consta o lançamento do pagamento de todas as despesas, bem como de diversas notas fiscais de compras, conforme fls. 393 a 479 dos autos, portanto, não tem nenhum fundamento a alegação defensiva;

III – No tocante ao argumento do autuado, segundo a qual as contas de energia elétrica e de telefone teriam sido pagas com outras fontes de Recursos, não prospera, já que o autuante em sua informação fiscal esclareceu que tais contas foram pagas em empresas autorizadas pelas concessionárias para o seu recebimento, enquanto em outras, os pagamentos foram debitados em conta dos sócios ou de empresa, onde os mesmos tinham participação na sociedade;

IV - Acerca da alegação de falta de prova na aquisição da mercadoria por meio de notas fiscais coletadas pelo CFAMT, a qual, por si só, não comprova a sua tradição a empresa, esclareço que ao compulsar às referidas cópias anexadas aos autos, verifiquei que a maioria das compras efetuadas foram na modalidade de a prazo, fato que comprova, extreme de dúvidas, a efetividade das transações;

V – Com relação ao argumento de ser injustificável a cobrança do ICMS pelo regime normal, realmente razão assiste em parte ao autuado. Para sanar a irregularidade, decidi esta 4ª JF converter o PAF em diligência a ASTEC, para que auditor fiscal apurasse o imposto devido, relativamente ao período de 30/11/99 a 30/09/00, com base no regime SIMBAHIA, enquanto para os demais períodos pelo regime normal de apuração, com a concessão do crédito fiscal de 8%, previsto no art. 19, §1º, da Lei nº 7.357/98. De acordo com

a última diligência da ASTEC, com a qual concordo, o imposto originalmente cobrado pelo autuante no valor de R\$113.377,77, ficou reduzido para R\$60.730,31, conforme demonstrativo à fl. 2436;

VI - Relativamente à alegação defensiva de que saldo credor de caixa não é fato gerador do ICMS, por inexistir na legislação dispositivo que lhe dê respaldo, não tem nenhum fundamento. É Que a constatação pela fiscalização de saldo credor de caixa, além de outras ocorrências, de acordo com o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção;

VI - No que diz respeito à discordância do autuado em relação ao Parecer da ASTEC, quando não foi considerado na apuração do imposto o valor de R\$50,00 recolhido a mais pela empresa, esclareço que não tem respaldo na legislação do ICMS. Nessa situação, de acordo com o art. 74, do RICMS/97, tal valor deve ser objeto de pedido de restituição, mediante processo regular, o qual deve ser protocolado na Inspetoria Fiscal onde é cadastrado o autuado.

Com base na explanação acima, entendo parcialmente caracterizada a infração no valor de R\$60.730,31, conforme demonstrativo à fl. 2.436.

Infrações 2, 3 e 4 - Dizem respeito à falta de recolhimento do imposto e seu recolhimento a menos, nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte enquadrada no regime SIMBAHIA.

De acordo com autuante em sua informação fiscal e com base nos argumentos apresentados pela defesa, entende que o autuado reconheceu as infrações que lhes foram imputadas, já que não foram objetos de questionamentos, cujo argumento foi contestado pelo contribuinte em sua nova manifestação às fls. 2364 a 2372, segundo o qual teria apresentado defesa em relação às infrações acima.

Ao compulsar os autos, constatei que em suas várias intervenções no PAF, não houve por parte do autuado qualquer impugnação dos valores cobrados pelo autuante nas infrações acima, tanto que não fez a juntada de qualquer DAE, comprovando o recolhimento do ICMS exigido no presente lançamento, para elidir a ação fiscal.

Ressalto, com base no disposto no art. 140, do RPAF/99, que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessária dispunha importa em presunção de veracidade da parte contrária.

Tendo em vista que o autuado não comprovou o recolhimento do imposto exigido pelo autuante, considero caracterizada as infrações 2, 3 e 4.

Acerca do questionamento do autuado, de que a multa aplicada pelo autuante é confiscatória, não procede, haja vista existir previsão legal no art. 42, I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, para as irregularidades que foram praticadas pela empresa, já que implicaram na falta de recolhimento do imposto.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração no importe de R\$61.781,83.”

Em peca recursal de fls. 2.490 a 2.510, apresenta as seguintes alegações:

1. indiferença dos julgadores de Primeira Instância quanto as falhas no processo cometidas pelo autuante e pelo revisor da Assessoria Técnica do CONSEF, entendendo que este não conseguiu corrigir as falhas da autuação, que por serem de natureza grave, não comportam conserto e sim nulidade;
2. cerceamento do direito de defesa pela não concessão de prazo legal suficiente para pronunciamento acerca dos Pareceres da ASTEC e pede a anulação de todo o processo, desde a primeira intimação e que seja concedido prazo de 30 dias para que o autuado volte a se manifestar sobre os Pareceres da ASTEC;
3. falta de coerência em conclusão exarada pelo diligente no Parecer ASTEC nº 0098-2004 e ratificada no acórdão recorrido em que, segundo o recorrente “... o relator da 4ª JJF, em seu voto, viajou na idéia do revisor...” quanto ao procedimento para pedir restituição de valor de imposto pago a maior, dizendo que “Com todo o respeito, ambos, o revisou(sic) e o relator, pegaram “o caminho mais fácil e curto”. Mas não o caminho da justiça!”, entendendo que a correção deveria ter sido objeto da revisão fiscal.
4. falta de pronunciamento do diligente e do relator a respeito das planilhas elaboradas pelo contribuinte, na sua impugnação. Observando que o diligente revisou o procedimento fiscal e não os demonstrativos elaborados pela defesa, pergunta o recorrente para que serve uma revisão fiscal. Alega que o relator de primeiro grau também não teria apreciado os números apresentados pelo impugnante. Por isso pede a Nulidade da Decisão.
5. cobrança em duplicidade pois “A omissão de saída representa, exatamente, o ingresso de numerários no caixa. Isto mesmo!”; Entende o recorrente que a matéria não foi apreciada pelo revisor da ASTEC e pelo relator de primeiro grau e diz que embora não reconheça a infração aceitaria pagar o ICMS total no valor de R\$1.167,61, para evitar custos e aborrecimentos para empresa e seus sócios, valor que passaria a ser de R\$5.393,62 com planilha posteriormente elaborada pelo sujeito passivo;
6. nulidade da autuação por falta de clareza da autuação em relação ao item Infração 1, fundamentação insuficiente do relator de primeiro grau para não acolher a alegação defensiva de que saldo credor não é fato gerador do ICMS e extemporaneidade de explicação do teor da autuação;
7. nulidade do item Infração 1 por pura carência técnica, entendendo o recorrente que o relator teria constatado as falhas do levantamento fiscal que seriam a falta de investigação das verdadeiras disponibilidades do autuado e não consideração de todas as fontes de recursos para medição da capacidade financeira da empresa.
8. não apreciação pela 4ª JJF dos argumentos defensivos relativos às infrações 2, 3 e 4, visto que o relator do processo, em seu voto, afirmou que o autuado não impugnara os valores e não juntara documentos de arrecadação, o que caracterizaria as infrações 2, 3 e 4.

Por fim, o recorrente encerra sua peça recursal, ratificando os pedidos já feitos e reiniciando os pedidos de Nulidade e de Improcedência do Auto de Infração e requer o direito de provar tudo quanto alega, inclusive por meio de novas diligências fiscais.

Ouvida a PGE/PROFIS, a Dra. Sylvia Amoêdo opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário por entender que a Decisão de 1ª Instância está correta e que os argumentos trazidos pelo recorrente são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão guerreada.

VOTO

Acolho o Parecer opinativo da douta representante da PGE/PROFIS, Dra. Sylvia Amôedo, pelo não provimento do Recurso Voluntário por também entender que a Decisão de 1ª Instância está correta e que os argumentos trazidos pelo recorrente são insuficientes a proporcionar a reforma da Decisão guerreada.

Acolho igualmente o voto do ilustre relator de primeiro grau e o adoto como fundamento do meu voto, como se aqui estivesse transcrito para que o Recurso de Ofício, assim como o Recurso Voluntário não sejam providos e, para que seja mantida a Decisão recorrida.

Em relação à suposta indiferença dos julgadores de Primeira Instância quanto às falhas no processo, cometidas pelo autuante e pelo revisor da Assessoria Técnica do CONSEF, entendendo que o revisor conseguiu corrigir as falhas da autuação, que por não serem de natureza grave, comportavam conserto e não implicavam em nulidade.

Quanto ao suposto cerceamento do direito de defesa pela não concessão de prazo legal suficiente para pronunciamento acerca dos Pareceres da ASTEC, não se poderia mesmo acolher o pedido de anulação de todo o processo, desde a primeira intimação e de concessão de prazo de 30 dias para que o autuado volte a se manifestar sobre os Pareceres da ASTEC, posto que a defendente, melhor que qualquer um conhece os fatos apontados na acusação fiscal, seja para os reconhecer, seja para tentar a sua refutação. Seria injusto em relação aos demais advogados e empresas que se servem desse Conselho de Fazenda conceder prazo especial – desnecessário - à recorrente.

Quanto à suposta falta de coerência em conclusão exarada pelo diligente no Parecer ASTEC nº 0098-2004, conclusão ratificada no acórdão recorrido em que, segundo o recorrente “... o relator da 4ª JJF, em seu voto, viajou na idéia do revisor...” entendendo que a correção deveria ter sido objeto da revisão fiscal, observo que os membros desse Conselho de Fazenda não “viajam” nas opiniões dos técnicos nem nas alegações, por vezes exacerbadas, dos defendentes. Apenas as examinam para seu convencimento íntimo.

Quanto à falta de pronunciamento do diligente e do relator a respeito das planilhas elaboradas pelo contribuinte, na sua impugnação, observo que cabe ao diligente revisar o lançamento, e procedimento administrativo fiscal e não os demonstrativos elaborados pela defesa, embora deva neles buscar evidências da verdade material. Para isso serve uma revisão fiscal. Não cabe ao diligente revisar os procedimentos dos contribuintes e sim os procedimentos dos fiscais. Cabe ao relator examinar e, se preciso, louvar-se em Parecer Técnico, os demonstrativos apresentados pela defendente. Mas está obrigado a não entrar no contraditório como parte e sim como julgador do procedimento administrativo fiscal, para observar-lhe a conformidade com atos normativos que componham a legislação tributária estadual. Por isso não cabe acolhimento ao pedido de nulidade da Decisão.

Quanto a suposta cobrança em duplicidade do imposto, pois, segundo o recorrente “*A omissão de saída representa, exatamente, o ingresso de numerários no caixa. Isto mesmo!*” a afirmação me soa como reconhecimento da infração, embora o recorrente diga o contrário! Apenas observo que a presunção legal é de que a ocorrência de saldo credor de caixa, embora represente exatamente omissão de saída de mercadorias tributadas, estas omissões antecedem a ocorrência de saldo credor de caixa que é exatamente delas decorrente. Não tivesse ocorrido anteriormente a omissão o saldo não seria credor! Isto mesmo!

Estremeço diante da proposta da empresa de aceitar pagar o que considera indevido apenas para se livrar de custos e aborrecimentos. Esta postulação milita contra a busca da justiça.

Quanto à arguição de nulidade da autuação por suposta falta de clareza da autuação em relação à Infração 1, fundamentação insuficiente do relator de primeiro grau para não acolher a alegação defensiva de que saldo credor não é fato gerador do ICMS e extemporaneidade de explicação do teor da autuação, não cabe qualquer acolhimento porque a existência de saldo credor está prevista na Lei nº 7.014 como presunção, a menos que o contribuinte traga prova em contrário. O nexo causal está na presunção em si mesma. Por outra vertente, não cabe a reclamação por ter o relator, o autuante ou revisor explicitar seu entendimento sobre a matéria analisada. Melhor que o façam!

A suposta nulidade da Infração 1 “*por pura carência técnica*”, como entende o recorrente não se caracteriza pois milita contra a coerência afirmar que o relator teria constatado as falhas do levantamento fiscal e as teria ultrapassado, quando os autos revelam exatamente o cuidado da 4ª JF em buscar a verdade material antes do julgamento.

Quanto à suposta não apreciação pela 4ª JF dos argumentos defensivos relativos às infrações 2, 3 e 4, porque o relator do processo, em seu voto, afirmou que o autuado não impugnara os valores e não juntara documentos de arrecadação, o que caracterizaria as infrações 2, 3 e 4, não pode ser acolhidas, pois o D. relator dedicou seis parágrafos do seu voto à matéria, sendo o sexto sobre a alegação de divergência nas multas aplicadas pelas referidas infrações em relação à infração 1. O que se observa compulsando a defesa é a ausência de coerência lógico-textual entre o título das alegações relativas às infrações 2, 3 e 4, e o conteúdo dessas alegações, exceto quanto à multa aplicada o que foi enfrentado no voto de suporte à Decisão recorrida.

Por todo exposto confirmo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO de ambos os recursos, de Ofício e Voluntário, e mantenho a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206859.0002/03-1, lavrado contra **B. M. DISTRIBUIDORA DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$61.781,83**, sendo R\$1.095,99, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$750,00 e 70% sobre R\$345,99, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7014/96, respectivamente, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e o valor de R\$60.685,84, acrescido de idênticas multas sobre os valores de R\$726,50 e R\$59.959,34, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de dezembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA - RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS