

PROCESSO - A. I. Nº 298920.0019/04-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FÁBIO DE CARVALHO OMENA (HIPER SENDAS)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0129-04/06
ORIGEM - INFAZ PAULO AFONSO
INTERNET - 05/07/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0259-12/06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 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. Diligente retifica os cálculos do imposto. Procedido ao ajuste do crédito com base em provas fornecidas pela empresa. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso de Ofício interposto pela 4ª Junta de Julgamento Fiscal que, em Decisão unânime (Acórdão nº 0129-04/06), julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, que originalmente reclamava o crédito tributário na ordem de R\$276.044,19, “em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa”.

A Decisão recorrida louvou-se do relatório abaixo reproduzido:

“O autuado ingressa com defesa, fls. 576 a 578, e relata que em petição datada de 02 de dezembro de 2004, solicitou os documentos que formalizaram a peça constituída pelo autuante. Prosseguindo na análise do Auto de Infração, observou que não foi juntado na intimação para seu conhecimento, os papéis de trabalho, de suma importância para instrução e conclusão da defesa. Voltou à repartição para pedir novas provas, indispensáveis para descaracterizar a infração e o infrator. (doc 02).

Aduz que não há como negar o cerceamento de defesa, haja vista que o autuante não anexou: xerox das notas fiscais do CFAMT, escrituração do Livro Caixa, folha do Registro de Inventário de 2003, Relatório ou demonstrativo das duplicatas emitidas em 2003, com vencimento em 2004, cujas notas não podiam ser contabilizadas à vista, como fez o autuante, não apresentou saldo de caixa vindo de 2002, e finalmente, deixou de acostar o mais importante, a planilha e/ou demonstrativo de duplicatas pagas em 2003, que compõem, sem dúvida, pagamentos da Conta Caixa. Pede a reabertura do prazo de defesa de 30 dias, compelindo o autuante a juntar toda a documentação que deu origem ao Auto de Infração.

O autuante presta a informação fiscal ao inspetor, fl. 583, na qual considera a necessidade de atendimento do pleito do contribuinte. Fornece as informações solicitadas e anexa ao presente um demonstrativo de apuração do caixa mês a mês, para suprir a omissão de livro caixa, não apresentada pelo contribuinte na ação fiscal. Ressalta que o contribuinte recebeu cópias dos Pareceres intermediários de fls. 569 a 574. Tendo em vista a apresentação de um novo demonstrativo das notas fiscais de entradas com pagamentos à vista e a prazo, de acordo com as duplicatas pagas, apropriadas as datas de pagamento à vista e à prazo, propõe a abertura de novo prazo de defesa.

O Sr. inspetor fazendário à fl. 611, propõe a concessão do prazo de 10 dias, considerando que foi anexado um novo demonstrativo, fls. 584 a 610, entendendo que cabe ao órgão julgador apreciar a alegação de cerceamento de defesa.

O autuado manifesta-se às fls. 619 a 622, nominando sua petição de “Recurso Voluntário contra a INFAZ Paulo Afonso”, com o seguinte teor:

Diz que foi intimada pela INFAZ Paulo Afonso, na pessoa do Sr. inspetor, para se manifestar no prazo de 10 dias, a respeito do demonstrativo de fls. 584 a 610. Entendendo não ser competente, nem o auditor fiscal, nem o inspetor fazendário, para determinar a reabertura do prazo de defesa, requer:

Em primeira preliminar a nulidade do Auto, pois não foram juntados os demonstrativos de apuração da Conta Caixa, com levantamentos mensais de débito e crédito, não foram contabilizados os pagamentos de: duplicatas, impostos estaduais, federais, água, luz, telefone e das compras à vista.

Em segunda preliminar, invoca o art. 18, I e IV do RPAF/99, haja vista que os elementos constantes do Auto de Infração não são suficientes para determinar a infração.

No mérito, por falta de provas substanciais que pudessem estabelecer uma relação jurídica entre os litigantes, não o discute. Diz que não foram acostados ao PAF:

1. Planilha de duplicatas pagas que deviam formar a composição do caixa, mês a mês

2. Planilha de compras a vista

3. Relação das duplicatas emitidas em 2003, com vencimento em 2004. Ademais, o autuante computou como compras a vista (fls. 17 e 28), todas as compras realizadas a prazo, nos meses de novembro e de dezembro de 2003.

4. Também não computou os impostos federais e estaduais como despesas de caixa, além do que somou todas as compras a vista e a prazo, como venda, deduziu as saídas e arbitrou a diferença, como saldo credor de caixa.

Aduz que, em relação à petição de 02 de dezembro de 2004, não houve atendimento à solicitação feita, haja vista ter o autuante juntado uma relação de notas fiscais que não correspondem à realidade dos fatos.

Aludindo aos Pareceres intermediários, informa que:

a) No Parecer Intermediário fornecido pelo autuante às fls. 572, declara que o verdadeiro valor do saldo do livro de apuração de 31 de dezembro de 2002 é de R\$ 11.232,88 e que o recorrido desconhece escrituração, fiscalização, auditoria e informação fiscal.

b) No dia 21 de dezembro de 2004, reconheceu que tudo estava errado, abrindo, por conseguinte, um prazo de 30 dias para que o recorrente preparasse a sua defesa, em que pese a carência de Parecer do inspetor, o que caracteriza outra nulidade de caráter formal prevista no artigo 18, I, do RPAF;

c) Por fim, no dia 28 de dezembro de 2004, o inspetor, reconhecendo os equívocos de seu subordinado, determinou a abertura de prazo de apenas 10 dias, quando a lei prevê um interstício temporal de 30 dias, a ser contado a partir do Julgamento do Conselho da Fazenda, este sim credenciado para examinar as peças que dificultam o exercício do contraditório.

Com arrimo nos argumentos apresentados, requer, alternativamente, a decretação, por parte do CONSEF, da nulidade do Auto de Infração, ora impugnado, ou a sua baixa na INFAZ Paulo Afonso para que sejam juntados os demonstrativos pertinentes.

Consoante deliberação da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o presente PAF foi encaminhado à inspetoria de origem, a fim de que fossem tomadas as seguintes providências (fls. 632):

1) Que fosse verificado se todos os documentos solicitados pelo contribuinte em suas manifestações foram-lhe entregues (inclusive o novo demonstrativo de fls. 584 a 610); caso contrário, que fossem-lhes fornecidos;

2) Que fosse reaberto o prazo para a formulação da defesa, de 30 dias, a salvo de qualquer prejuízo processual;

- 3) *Por conseguinte, que fosse o autuante intimado, após a apresentação da defesa, para que prestasse a sua informação fiscal;*
- 4) *Cumprida essas etapas, retorne-se o PAF a este CONSEF, para prosseguimento de seus trâmites.*

O autuado vem, às fls. 637 a 642, argüir a improcedência da infração, suscitando a sua nulidade nos seguintes termos:

Alega, a fim de consubstanciar o seu pedido, a falta de embasamento da infração apontada pelo autuante e a ausência de liquidez e certeza na atividade fiscal.

Informa que foram identificados diversos equívocos no trabalho de investigação documental, o qual consistiu no estudo minucioso da escrituração, dos livros e das compras de mercadorias. Aduz ser uma inverdade a afirmação, do autuante, de que todas as compras, dos meses de janeiro a dezembro de 2003 foram realizadas à vista, contestando-a mediante juntada do Demonstrativo das compras à vista e a prazo, relativo ao ano de 2003.

Atribui ao autuante a prática de confisco tributário, sustentando que o mesmo “apreendeu a mercadoria, cobrou os impostos e, por último, impôs o pagamento, quando os lançamentos deveriam ter sido parcelados”.

Em relação à omissão de receita argüida, afirma que, para que haja a sua caracterização, é necessária a recomposição da Conta Caixa, com o expurgo dos valores que deixaram de transitar pela mesma, de modo que o saldo fosse transformado em credor. Para tanto, informa que não foi acostado o demonstrativo da Conta Caixa, discriminando o valor, o que configura uma presunção ilegal e carente de provas.

Contesta, ademais, o resumo dos cálculos do ICMS, oferecido pelo autuante concernente ao período de janeiro a dezembro de 2003, o qual indica um índice de 17%, sustentando ter sido produto de contradições, inquinando a autuação de nulidade.

Com o escopo de sedimentar sua argüição de improcedência do presente Auto de Infração, colaciona aos autos as seguintes provas:

- a) *Saldo de Caixa de 2002 para 2003, fl. 12 do livro de apuração no valor de R\$ 11.232,88;*
- b) *Mercadorias Inventariadas em 31 de dezembro de 2003 no valor de R\$ 1.172.375,09.*
- c) *Saldo de Duplicatas emitidas em 2002 com vencimento em 2003 no valor de R\$ 30.262,48;*
- d) *Saldo de Duplicatas emitidas em 2003 com vencimento em 2004 no valor de R\$ 55.435,00.*

Afirma que todos os valores supra deveriam integrar o levantamento fiscal, porém foram desconsiderados pelo autuante, por falta de conhecimento contábil, de técnica de fiscalização ou de bom senso.

Por derradeiro, sustenta que o autuante deixou de contabilizar as duplicatas emitidas em 2002 e pagas em 2003, bem como não fez a planilha de pagamento de duplicatas pelo número de ordem, data de emissão, vencimento e pagamentos do ano de 2003 com seus valores e meses de competência. Além disso, não aponta os estouros de caixa ou saldo credor.

Citando o artigo 18 do CTN, pugna pela nulidade do Auto de Infração em tela.

A 2ª JJF deliberou que o presente PAF fosse diligenciado à ASTEC, para que auditor fiscal verificasse se procedem as alegações da empresa, inclusive cotejando os demonstrativos trazidos na defesa às fls. 643 a 678 do PAF, para a final, elaborar novo demonstrativo de caixa, se necessário.

A ASTEC, em atendimento ao despacho de fls. 683, exarado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, emite o Parecer de nº 0009/2005, fls. 686 a 688, e após análise das notas fiscais e documentos de pagamentos apresentados pelo autuado, foram identificadas as parcelas adimplidas a prazo, bem como efetuou os ajustes dos “desembolsos” apurados pelo autuante, às fls. 17 a 28, tendo deduzido dos desembolsos ajustados os ingressos apontados pelo autuante, chegando aos novos valores relativos aos saldos credores de caixa.

Ressalta, todavia, a não confirmação das notas fiscais emitidas em 2002 e pagas em 2003, suscitadas pelo autuante. Esclarece que após a identificação dos novos saldos credores de Caixa, percebeu que na apuração efetuada pelo autuante, às fls. 11 dos autos, foi concedido o crédito de 8% sobre o imposto devido e não sobre a base de cálculo (saldos credores). Sendo assim, procedeu a correção dos créditos, elaborando nova planilha de apuração do imposto, às fls. 692 e 693 do PAF.

Procedeu à juntada de um novo demonstrativo de débito às fls. 689, elaborado com base nos valores ajustados, e que resultou no ICMS total da ordem de R\$ 129.152,24.

O autuado se manifesta, às fls. 882 a 888, em face do Parecer emitido pela ASTEC, consubstanciando-se nas seguintes razões:

Em princípio, após exprimir acatamento aos termos da diligência fiscal, alega que, entretanto, após ter examinado o levantamento da base de cálculo do saldo credor de caixa de cada mês, o auditor diligente não aplicou a Lei 8.534/2002, além de não ter interpretado adequadamente os percentuais com base nos créditos relativos às compras mensais, tendo, simplesmente, calculado 17% sobre a omissão, consoante documento disposto às fls. 689. Em suma, aponta equívocos do auditor diligente no momento da apropriação dos créditos/débitos.

Com suporte na aludida Lei 8.534/2002, nos levantamentos do auditor diligente de fls. 692 e 693, nos documentos juntados às fls. 643 a 671 e em fontes do presente PAF, procedeu à elaboração da “Planilha de Identificação dos Débitos com Multa 70%”, defendendo como montante total a recolher o valor de R\$ 107.028,10, pois os créditos a que tem direito foram superiores a 8%, conforme explicitada na relação de entradas de mercadorias, constantes às fls. 643 a 671 do PAF.

Ante o exposto, requer o exame, pelo CONSEF, da planilha de correção e do levantamento do auditor diligente, interpretando-o de acordo com os §§1º e 2º do artigo 19 da Lei 8.534/2002.

O autuante ao ser cientificado do Parecer ASTEC não se manifestou.”

A 4ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu a lide com fundamento no Voto abaixo reproduzido:

“Inicialmente cabe ressaltar que as eventuais omissões ou falhas processuais foram sanadas, tendo sido reaberto o prazo de defesa de 30 dias, para que o autuado pudesse se manifestar, o que afastou o cerceamento de direito de defesa.

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias apurada através da reconstituição da Conta Caixa, no exercício de 2003, conforme demonstração de fl. 11.

O 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, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, conforme previsto no art. 4, § 4º da Lei nº 7.014/96.

No decorrer da instrução processual, diligente da ASTEC refez os cálculos do imposto ora exigido, e após corrigir as datas dos desembolsos (pagamentos efetuados), e ter retificado o crédito de 8% sobre a base de cálculo, encontrou os seguintes valores, conforme planilha de fl. 689, abaixo reproduzida:

<i>Data de ocorrência</i>	<i>Data venc</i>	<i>Base de calculo</i>	<i>Aliquota %</i>	<i>Multa %</i>	<i>V.Historico</i>
31/01/2003	09/02/2003	38.568,65	17	70	6.556,67
28/02/2003	09/03/2003	53.646,88	17	70	9.119,97
31/03/2003	09/04/2003	77.252,71	17	70	13.132,96
30/04/2003	09/05/2003	85.543,71	17	70	14.542,43
31/05/2003	09/06/2003	69.022,24	17	70	11.563,78
30/06/2003	09/07/2003	95.016,35	17	70	16.152,78
31/07/2003	09/08/2003	91.668,53	17	70	15.583,65
31/08/2003	09/09/2003	33.893,12	17	70	5.761,83
30/09/2003	09/10/2003	80.493,82	17	70	13.683,95
31/10/2003	09/11/2003	42.442,17	17	70	7.215,17
30/11/2003	09/12/2003	38.079,59	17	70	6.473,53

31/12/2003	09/01/2004	55.091,29	17	70	9.365,52
					129.152,24

Sim, o diligente, efetuou o cálculo do imposto devido no período de janeiro a dezembro de 2003, conforme disposição contida na Lei nº 8.534/02, de 13/02/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, considerando o crédito utilizando no percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto.

Não obstante este procedimento, o autuado inconformado com a concessão do crédito de apenas 8%, elaborou, com base na planilha de fls. 643/644, a relação de todas as aquisições de mercadorias, indicando as alíquotas de 7%, 12% e de 17%, aplicadas em relação ao valor das compras do período da ação fiscal, que redunda no demonstrativo abaixo

Mês/ano	Totais das aquisições fls 643/644	Total do Crédito de ICMS fls 643/4	Percentual do Créd. De ICMS %	Percentual do Créd. de ICMS previsto em lei
Jan/03	107.986,94	10.558,72	9,78	9,78%
Fev/03	103.386,51	9.755,73	9,44	9,44%
Março/03	206.214,49	21.102,16	10,23	10,23%
Abr/03	158.676,00	19.671,95	12,40	12,40%
Mai/03	149.698,43	12.756,33	8,52	8,52%
Jun/03	187.098,90	17.675,89	9,45	9,45%
Jul/03	180.344,98	15.535,98	8,61	8,61%
Ago/03	231.839,45	20.500,07	8,84	8,84%
Set/03	171.932,57	15.835,37	9,21	9,21%
Out/03	138.625,77	12.776,89	9,22	9,22%
Nov/03	213.291,70	17.402,48	8,16	8,16%
Dez/03	109.265,87	10.003,73	9,16	9,16%

Concordo que estes percentuais sejam aplicados haja vista que o contribuinte comprovou a existência de créditos superiores aos 8%, previsto nos parágrafos 1º e 2º da Lei nº 8.534/02.

Desta maneira, considerando os percentuais acima apurados, conforme quadro acima, estes devem ser considerados para o cálculo do imposto devido, no período fiscalizado, como segue:

Mês/ano	Valor das omissões	ICMS debito	Percentual do créd. ICMS	Crédito ICMS	ICMS a recolher
Jan/03	72.851,89	12.384,82	9,78	7.124,91	5.259,91
Fev/03	101.333,00	17.226,61	9,44	9.565,84	7.660,77
Mar/03	145.921,74	24.806,70	10,23	14.927,79	9.878,91
Abr/03	161.582,60	27.469,04	12,40	20.036,24	7.432,80
Mai/03	128.486,44	21.842,69	8,52	10.947,04	10.895,65
Jun/03	179.475,32	30.510,80	9,45	16.960,42	13.550,38
Jul/03	173.151,71	29.435,79	8,61	14.908,36	14.527,43
Ago/03	64.020,34	10.883,46	8,84	5.659,40	5.224,06
Set/03	152.043,94	25.847,47	9,21	14.003,25	11.844,22
Out/03	80.168,54	13.628,65	9,22	7.391,54	6.237,11
Nov/03	71.928,15	12.227,79	8,16	5.869,34	6.358,45
Dez/03	104.061,34	17.690,43	9,16	9.532,02	8.158,41
	1.435.025,01	243.954,25		136.926,15	107.028,10

Assim, o ICMS exigível no presente Auto de Infração assume o total de R\$ 107.028,10, com multa de 70%, conforme explicitado mensalmente na planilha acima, valor inclusive reconhecido pelo autuado em sua última manifestação.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração."

VOTO

O julgamento deste PAF em 1ª Instância, no que diz respeito ao seu mérito, foi precedido da análise de duas situações fundamentais para o deslinde da questão.

A autuação trata de "omissão de saídas de mercadorias tributáveis" por estabelecimento inscrito na condição de microempresa, tendo o recorrido se insurgido contra o lançamento ao argumento de que o autuante equivocou-se em seu levantamento ao considerar operações de compras a prazo como sendo à vista bem como considerou duplicatas pagas em 2003 como sendo no exercício de 2002. Tendo sido os autos remetidos à ASTEC/CONSEF para fim de diligência, estas questões foram esclarecidas e corrigidas, consoante Parecer de fls 686 a 706, que, nessa

oportunidade, apresentou demonstrativo indicando o valor do débito corrigido, inclusive considerando o crédito fiscal de 8% sobre o valor das omissões, ao qual o contribuinte tinha direito. Observo que no lançamento inicial este crédito foi calculado de maneira incorreta, ou seja, o autuante o calculou sobre o valor do imposto e não sobre o valor das omissões de saídas apuradas.

Ao se pronunciar acerca da diligência o recorrido faz menção às planilhas que havia juntado a sua defesa inicial, fls. 643 a 671, nas quais indica, individualmente, todas as notas fiscais de compras de mercadorias ocorridas no exercício de 2003, bem como, o respectivo valor do ICMS destacado em cada nota fiscal, considerando-se as alíquotas de 7%, 12% e 17%. Desta maneira, apurou o montante do total dos créditos relativos a cada mês e estabeleceu o percentual que eles representam em relação às entradas totais em cada mês.

Na diligência levada a efeito pela ASTEC, o auditor encarregado da execução, declara à fl. 686 dos autos que “após a análise dos demonstrativos trazidos pela defesa às fls. 643 a 678 dos autos, juntamente com as notas fiscais e documentos de pagamentos das respectivas duplicatas...” conseguiu obter meios para concluir a diligência requerida. Isto significa que não existe dúvida quanto a fidelidade dos dados inseridos nos demonstrativos apresentados pelo recorrido, acima mencionados. Não há impugnação pelo autuante e nem pelo auditor designado para pronunciamento. Já o recorrido acatou o montante das omissões de saídas identificadas pela ASTEC, porém, questionou o crédito de 8% que foi considerado, ao argumento de que, à luz do que dispõe o § 2º do Art. 19 do RICMS/BA, comprovou a existência de crédito fiscal em valor superior ao considerado pela ASTEC (8%), demonstrando-o mês a mês. A JJF acolheu este argumento e decidiu pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

Analisando tais demonstrativos considero justo o posicionamento da 4ª JJF, pois apesar dos percentuais de crédito considerados não estarem previstos expressamente em lei, eles representam o percentual médio do ICMS destacado em cada documento fiscal, em cada mês, os quais superam os 8% previstos pelo § 1º do art. 19 do RICMS/BA. Por esta razão, também entendo que os mesmos devem ser aplicados sobre as omissões de saídas para se obter o valor efetivamente devido.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso de Ofício, devendo ser mantida inalterada a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **298920.0019/04-0**, lavrado contra **FÁBIO DE CARVALHO OMENA (HIPER SENDAS)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$107.028,10**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de junho de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS