

PROCESSO	- A. I. Nº 269103.0601/06-4
RECORRENTES	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e NS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (VIA MARINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.)
RECORRIDOS	- NS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (VIA MARINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS	- RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdãos 4ª JJF nº 0307-04/07
ORIGEM	- INFRAZ INDÚSTRIA
INTERNET	- 15/04/2008

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF N° 0071-12/08**

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. Infração não elidida. A empresa inscrita no regime simplificado de apuração do ICMS, SIMBAHIA faz jus ao crédito presumido de 8% previsto no artigo. 408-S, § 1º do RICMS/97. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Após retificações efetuadas no cálculo da apuração do débito, as infrações restaram parcialmente subsistentes. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recursos NÃO PROVIDOS. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício recorrido pela 4ª JJF, para esta Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00 e, o contribuinte, também, o faz voluntariamente.

O lançamento de ofício lavrado em 05/06/2006 exige ICMS e multas, totalizando o valor histórico de R\$274.205,37, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. (Valor histórico: R\$ 73.520,41; percentual da multa aplicada: 70%).
2. Recolheu a menor o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). (Valor histórico: R\$175.909,27; percentual da multa aplicada: 50%).
3. Deixou de recolher o ICMS no(s) prazo(s) regulamentar(es) na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). (Valor histórico: R\$24.775,69; percentual da multa aplicada: 50%).

Constata-se a lavratura de um Termo de Revelia (fl. 864) em desfavor do autuado por força da expiração do prazo para impugnação sem que sobre isto se manifestasse.

Em seguida o autuado, através de representante legal, ingressa com defesa, tida como intempestiva, às fls. 866 a 872, apresenta as suas alegações e a PGE/PROFIS, por força dessas alegações, em que o contribuinte diz não ter tomado ciência das fls. 823, 825, 831, 835 e 847 a 856, exarou despacho à fl. 898 ordenando o fornecimento de cópias das aludidas folhas com a reabertura do prazo de defesa.

Tendo sido constatado que o autuante considerou no levantamento de caixa, como despesas e receitas, valores superiores aos informados pelo contribuinte na DME e que as notas fiscais previstas na listagem do CFAMT (fls. 34 a 62) não se encontram nos autos, a 4ª Junta de

Julgamento Fiscal deliberou, à fl. 960, que o presente PAF fosse encaminhado à inspetoria de origem, a fim de que fosse realizada uma diligência cujo resultado foi o seguinte (fl. 967):

- a) O autuado foi intimado no dia 28/05/2007 para apresentar, em 15 dias úteis, eventuais divergências existentes no fluxo de Caixa que a mesma elaborou, seguindo em anexo à intimação, as notas fiscais capturadas pelo CFAMT, a cópia do acórdão JJF nº0219-3/03 e todas as folhas dos autos do presente PAF, em respeito ao direito de defesa da empresa;
- b) A pedido do representante da empresa, o prazo de intimação foi estendido e que, mesmo assim, não foi cumprido;
- c) Todas as atividades de produção e comercialização da empresa foram encerradas com a transferência de todos os equipamentos para uma empresa da família, denominada K Indústria, segundo informação de vizinhos e do vigia;
- d) No procedimento de revisão, não foi verificada qualquer divergência entre os demonstrativos de débito e os documentos anexados aos autos.

Inicialmente a Sra. relatora salienta que por determinação da PGE/PROFIS, e por força da alegação, do autuado, de que não tomara ciência das fls. 823, 825, 831, 835 e 847 a 856, foram-lhe fornecidas cópias das aludidas folhas com a reabertura do prazo de defesa, pelo que restou saneada a irregularidade processual, respeitando-se os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Como visto o autuado tem como atividade econômica principal a confecção de peças de vestuário. Verificou a JJF que na planilha de fls. 70 e 71 consta o resumo da Auditoria de Caixa, referente aos exercícios de 2001 e de 2002, e o fluxo de caixa,(fls. 72 a 75) ficando assim demonstrando a totalidade das receitas e das despesas.

Da análise das planilhas citadas restou constatado que o autuante adotou o seguinte procedimento na Auditoria de Caixa: 1º Considerou como Receitas as vendas (clientes), empréstimo, título de capitalização, financiamento, factory, carpintaria; 2º Elaborou o demonstrativo das despesas, com base nas despesas bancárias, juros, seguro, título de capitalização, cartório, financiamento, tecidos, aviamento, embalagens, frete, comissões e gratificações. Além disso, considerou recursos humanos, farmácia, informática, alimentação, outros serviços, veículos, equipamentos, e demais despesas administrativas. Verificou também que o saldo inicial, constante na empresa no dia 31/12/00, foi considerado no fluxo de caixa, (fl. 71), e o contribuinte não trouxe ao processo nenhuma prova de que aquele saldo estaria errado, como alegou em sua peça defensiva. Ademais, os demonstrativos de fls. 72 a 75, trazem os ingressos de recursos, mês a mês, e os desembolsos nos exercícios de 2001 e de 2002, que resultou na apuração dos saldos credores indicados nos demonstrativos de fls. 71/72. Em virtude das questões levantadas pelo contribuinte, em sua manifestação, o CONSEF determinou a realização de diligência para sanear possíveis equívocos cometidos pela fiscalização, (fl. 960), embora o autuado não tivesse comprovado a sua ocorrência, quando se insurgiu contra o cometimento das infrações. O autuado foi intimado, conforme documento de fl. 966, mas silenciou.

Assim, foi solicitada através de diligência que o autuante juntasse ao PAF as notas fiscais constantes da listagem do CFAMT, de fls. 34 a 62, consideradas no fluxo de Caixa, tendo o autuante prestado esclarecimento no sentido de que teria sido entregue ao autuado as notas fiscais do CFAMT, mas a empresa não teria se manifestado até aquele momento.

Em decorrência da revisão efetuada, o autuante concluiu que não verificou qualquer divergência entre os demonstrativos de débitos e os documentos anexados aos autos. Ademais, verificou que todas as atividades de produção e comercialização foram encerradas, os equipamentos, estoques, computadores, materiais de escritório, foram retiradas e as salas e galpões encontram-se trancados e vazios.

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, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência dessa presunção legal, conforme previsto no art. 4, § 4º da Lei nº 7.014/96.

Assim, o auditor fiscal recompôs o Movimento do Caixa, considerando, mensalmente os ingressos de numerários e os desembolsos, visando verificar a idoneidade da documentação alusiva à liquidação de obrigações e ao ingresso de numerário. Procedido o exame da documentação correspondente aos lançamentos de débitos e de créditos da Conta Caixa, foram então detectadas as irregularidades apontadas neste lançamento. O “estouro de caixa” apontado consistiu, portanto, na insuficiência escritural de Caixa, ou seja, excesso de pagamentos efetuados em relação aos recursos contabilmente disponíveis. Entendeu que se aplica ao caso os artigos 142 e 143 do RPAF. Constatou também, a Sra. Relatora, que não foi concedido o crédito fiscal de 8% a que o contribuinte faz jus, por força do disposto no art. 408-S do RICMS/97, por estar inscrito no SimBahia, o que reduz os valores originariamente exigidos de acordo com a tabela que anexa. Concluiu pela procedência em parte da infração descrita no item 1, no valor de R\$38.922,54.

Quanto à infração descrita no item 2 relembra que ela decorreu do recolhimento a menos de ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Quando a infração foi detectada, através das notas fiscais apresentadas pela empresa, momento em que o autuante efetuou os cálculos da receita bruta ajustada e encontrou o ICMS Devido, Recolhido e Diferença de ICMS a recolher, elaborando o demonstrativo de débito de fls. 811 e 812, correspondente aos exercícios de 2003 e de 2004, apontando o valor anual a recolher em 2003 de R\$83.761,12 e em 2004 de R\$116.564,83.

A empresa autuada apontou a ocorrência de equívocos na determinação das notas fiscais que lastrearam a infração, tais como as de número 41.105, 17659, 2547 e 1396, sendo que o autuante reconheceu que inseriu seus valores indevidamente e retificou o lançamento, passando o valor do ICMS devido no mês de novembro de 2004 para R\$24.601,77 e no mês de março de 2003 para R\$85,81.

Contudo, verificando as planilhas de fls. 944 e 945 do PAF, em cotejo com o demonstrativo de débito original do Auto de Infração, verificou a Srª. relatora, que os valores apontados como devido, pelo autuante, na informação fiscal, referente aos meses de janeiro e de dezembro de 2003, não podem ser exigidos, haja vista que não fazem parte do lançamento original. Elaborou um novo demonstrativo de débito e concluiu que a infração deve ser parcialmente mantida, no valor de R\$115.123,74 no exercício de 2004 e de R\$58.894,46 no exercício de 2003.

Na infração 3 a acusação versa sobre a falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, estando a empresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, nos meses de janeiro e dezembro de 2003, conforme planilha de fl. 811. O autuante reconhece que incluiu indevidamente a Notas Fiscais nºs 2547, 1396, apresentadas pelo impugnante por ocasião de sua defesa, e reduziu o valor do ICMS no mês de janeiro de 2003 para R\$4.980,87, permanecendo inalterado o valor relativo ao mês de dezembro de 2003, perfazendo a infração o total de R\$24.588,19. Considerou que a infração deve ser julgada procedente em parte.

Votou, no que foi acompanhada pelos demais membros da JJF, pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

A 4ª JJF recorre, de ofício, para esta Câmara de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00 motivado pela redução do valor do lançamento em favor do contribuinte.

O autuado, através de representante legal, ingressa com o Recurso Voluntário e reapresenta inicialmente as mesmas preliminares já apresentadas quanto da impugnação e que comenta sobre o fato de que ninguém da empresa teve ciência de todos os demonstrativos e tabelas relativos às infrações 2 e 3, ressaltando que os dados contidos nas folhas 823, 825, 831, 835 e 847 a 856 do presente PAF não foram entregues à empresa, prejudicando seu direito de defesa com a observação de que todas as demais folhas foram rubricadas como prova de ciência. Repete que com relação à tabela que discrimina toda a movimentação do ano de 2003, disposta entre as folhas 847 a 856, elaborada em 16/12/2004 por fiscal estranho ao feito, volta a aduzir que não foram

inseridas as Notas Fiscais de Venda de nºs 2024 a 2050, as quais foram consideradas pelo autuante em folha à parte, frisando que apenas esta, fora entregue à empresa, acarretando prejuízo a seu direito à ampla defesa, tendo em vista que não foi cientificado dos valores apurados pela fiscalização equivalente a 11/12 avos do ano de 2003. Ainda nessa seara, assevera que existem irregularidades na indicação das quantias com referência aos “Demonstrativos de Débito da Empresa de Pequeno Porte” dos anos de 2003 e 2004, argüindo violação aos artigos 2º e 46 do RPAF/BA. Argüiu outra vez que no que concerne às notas fiscais de nºs 41.105, 17.659, (entradas) 2.547 e 1.396, (saídas), não aceita os correspondentes valores, defendendo como verdadeiros, respectivamente, R\$8.397,11, R\$4.507,88, R\$40.000,00 e R\$1.309,50, volta a salientar que tais incongruências repercutiram nos supra referidos demonstrativos de débito, reiterando que não teve a oportunidade de atentar para os aludidos equívocos, por não ter recebido todos os documentos a que tinha direito, com a informação de que o representante da empresa precisou se dirigir à repartição fiscal para analisar o Auto de Infração.

Volta a argumentar que o débito fiscal exigido na infração de nº 01 está errado, sob a justificativa de que as quantias levantadas nos documentos “Demonstrativo de Resultado do mês de dezembro de 2000” e “Fluxo de Caixa” não condizem com as cópias de faturas, extratos bancários, notas promissórias e demais documentos anexados pelo Fisco. Volta a propugnar pela nulidade do presente Auto de Infração e dizer de novo que a empresa foi vítima de furto de diversos livros e documentos de sua escrita fiscal e contábil, tendo desaparecido toda a documentação referente à fiscalização em tela conforme Boletim de Ocorrência que anexou, salientando que comprovou o equívoco por ter xerocopiado os documentos.

Retoma a narrativa já feita quando da impugnação de que a respeito da intimação que reabriu seu prazo para interposição de defesa, argumenta que o crédito tributário se constitui, definitivamente, no momento em que transita em julgado administrativamente o processo fiscal, ressaltando que não poderia o Fisco, sem previsão legal e após a constituição irregular do crédito, ter reaberto o prazo para impugnação com o propósito de sanar as irregularidades, haja vista que não se tratam de simples erros materiais. Ademais, assinala que o direito de defesa, “outrora negado”, não é restaurado com a reabertura do prazo de defesa.

Em face dos argumentos acima articulados, requer a declaração de nulidade do presente Auto de Infração, ao tempo em que invoca ensinamentos doutrinários o que “*determine a revisão dos procedimentos por um fiscal estranho ao feito, uma vez que, conforme acima comprovado, inúmeros cálculos foram efetuados erradamente e diversas informações e fatos não foram levados em conta, de forma deliberada, a prejudicar os interesses da impugnante*”.

O Sr. procurador em seu Parecer opinativo faz inicialmente um resumo de todos os fatos até aqui ocorridos e acrescenta que o autuado repete *ipisi literis* os argumentos de sua defesa. Diz ter verificado que os argumentos trazidos pelo autuado não possuem fundamento fático ou jurídico, a exemplo da pretensa violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que toda vez que havia dúvidas sobre o feito, foi reaberto o seu prazo de manifestação sobre os demonstrativos, relatórios, opinativos e demais documentos fiscais o que demonstra, de forma cabal que a mesma sempre exerceu o seu direito de defesa. Contudo, acrescenta o Sr., procurador “*na maioria das vezes, apresentava argumentos frágeis, ou seja, incapazes de desconstituir as presentes infrações fiscais em sua inteireza, e tanto isso é verdade que houve a realização de várias diligências para esclarecer todos os pontos impugnados na defesa e repetidos no Recurso Voluntário*”. Põe em relevo que se a JJF optou por manter parcialmente o Auto de Infração não o foi por abusar do seu poder discricionário, como quer falsamente fazer crer o autuado, mas apenas pela inexistência de fato novo ou de ilegalidade flagrante capazes de anular o lançamento. Salienta que “*é cediço que a eventual existência de furto de documentos e livros fiscais não impossibilita à Autuada se utilizar de outros meios de prova em direito admitidos como a utilização dos livros fiscais de seus fornecedores e a apresentação das photocópias das segundas vias das notas fiscais emitidas pelos mesmos, o que significa dizer que, na verdade, houve desídia por parte do autuado, fato este que implicou na preclusão do seu direito de defesa, posto que prevalece o princípio de que a lei não socorre aos que dormem*”.

Conclui seu opinativo afirmando que o objetivo do Recurso Voluntário era tumultuar o feito e procrastinar o processo e tanto isto é verdade, “que nenhum documento foi anexado de forma a corroborar a linha argumentativa apresentada pela defesa”. Por fim, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Quanto ao Recurso de Ofício entendemos que as reduções procedidas em todas as infrações, estão corretas. Ao revisar os cálculos efetuados pelo autuante, pôde a Sra. relatora observar alguns equívocos e procedeu a sua correção. Acompanhamos o voto da JJF e NEGAMOS, em consequência, PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

Em relação ao Recurso Voluntário como bem colocou o Sr. procurador, o recorrente repete *ipisi literis* os argumentos já esgrimidos em sua impugnação inicial, e também com ele concordamos, quando se referindo aos argumentos reapresentados diz que os mesmos não trazem fundamento fático ou jurídico, a exemplo da pretensa violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, haja vista que toda vez que havia dúvidas sobre o feito, foi reaberto o prazo de manifestação sobre os demonstrativos, relatórios, opinativos e demais documentos fiscais, o que demonstra, de forma cabal que a mesma sempre exerceu o seu direito de defesa. E com ele acompanhamos a interpretação de que na maioria das vezes, apresentava argumentos frágeis, ou seja, incapazes de desconstituir as presentes infrações fiscais em sua inteireza, e tanto isso é verdade que houve a realização de várias diligências para esclarecer todos os pontos impugnados na defesa e repetidos no Recurso Voluntário.

Correta também sua posição entendendo que, se a Junta de Julgamento Fiscal optou por manter parcialmente o Auto de Infração, não o foi por abusar do seu poder discricionário, como quer falsamente fazer crer o autuado, mas, apenas, pela inexistência de fato novo ou de ilegalidade flagrante capazes de anular o lançamento.

O fato trazido pelo contribuinte sobre o eventual furto de documentos e livros fiscais não impossibilitou ao autuado se utilizar de outros meios de prova em direito admitidos, como a utilização dos livros fiscais de seus fornecedores e a apresentação das fotocópias das segundas vias das notas fiscais emitidas pelos mesmos.

Embora não entenda que o objetivo do recorrente fosse tumultuar o feito, não posso deixar de registrar que o seu comportamento e a falta de fundamento do seu Recurso Voluntário, de alguma forma, procrastinou o processo.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

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 269103.0601/06-4 lavrado contra NS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (VIA MARINA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$237.528,93, acrescido das multas de 70% sobre R\$38.922,54 e 50% sobre R\$198.606,39, previstas no art. 42, III, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 31 de março de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

HELCÔNIO DE SOUZA ALMEIDA - RELATOR

MARIA HELENA CRUZ BULCÃO – REPR. PGE/PROFIS