

nA. I. N° - 207108.0015/07-7
AUTUADO - LUIZ JOSÉ BRAGA GUIMARÃES & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JORGE ANTÔNIO OLIVEIRA SOUZA
ORIGEM - INFRAZ JUAZEIRO
INTERNET - 04.04.08

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0066-04/08

EMENTA: ICMS. NULIDADE DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. **a)** FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Aplicação da Súmula n° 01 do CONSEF. O procedimento fiscal não contém de forma clara e compreensiva a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo. **b)** FALTA DE APLICAÇÃO DA AUDITORIA DA CONTA CAIXA. PROCEDIMENTO FISCAL INADEQUADO. Rejeitada a alegação de decadência. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2007, exige ICMS totalizando o valor histórico de R\$ 23.654,15, em razão das seguintes irregularidades:

1. 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\$ 1.460,30; percentual da multa aplicada: 50%).
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\$ 2.563,34; percentual da multa aplicada: 50%).
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. (Valor histórico: R\$ 19.630,51; percentual da multa aplicada: 70%).

O autuado, através de representante legal, ingressa com defesa às fls. 135 a 138, apresentando as seguintes alegações:

Como preliminares, argüi a nulidade do presente Auto de Infração com fulcro no inciso III no artigo 18 e no inciso III do artigo 39, bem como a prescrição do crédito tributário referente aos meses de fevereiro a abril de 2002.

No mérito, quanto à infração de n° 01, além de pugnar pela configuração da prescrição, declara desconhecer as notas fiscais, com base nas quais exige o autuante o ICMS antecipado, ressaltando que o imposto foi recolhido por antecipação, durante o exercício, com referência a todas as notas de mercadorias enquadradas no Regime de Substituição Tributária.

Concernente a infração de n° 02, além de argüir a ocorrência parcial de decadência e prescrição, posto que a fiscalização se refere a meses anteriores à intimação, defende sua improcedência com base no argumento de que recolheu a antecipação relativa a todas as notas fiscais, como constatou o autuante.

A respeito da infração de n° 03, aduz que não houve auditoria da conta caixa, haja vista que a empresa é desprovida de contabilidade e de livros fiscais, e que o procedimento apurou mero fluxo de caixa, com fundamento nas entradas e saídas, foram simulados saldos credores nos exercícios de 2004 e 2005, sem ter o autuante levado em conta os estoques inicial (R\$ 185.230,00) e final (R\$ 198.260,00) para 2004, e estoque inicial (R\$ 198.260,00) e final (R\$ 187.220,00) para 2005,

além dos valores recolhidos a título de ICMS nos mesmos exercícios, R\$ 48.994,16 para 2004, e R\$ 58.226,24 para 2005.

Ainda com relação à infração 03, argumenta que reforça o fato de não ter havido auditoria da conta caixa a não intimação da empresa para fazer qualquer comprovação, bem como que o procedimento rende ensejo à caracterização da bi-tributação.

O autuante presta informação fiscal às fls. 151 a 156, nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, refuta a alegação de nulidade, com base na afirmação de que as infrações não teriam sido fundamentadas, bem assim a argüição de prescrição, apontando a seu favor a previsão do artigo 965 do RICMS/BA.

No que tange à afirmação do autuado de que desconhece as notas fiscais, relativas às duas primeiras infrações, declara que algumas das notas citadas constam do CFAMT, dos anos de 2002 a 2004, e 2005, fls. 122 a 129 do presente PAF.

Informa que às fls. 07 e 08 encontram-se dispostas todas as notas fiscais cobradas, cujas cópias a empresa recebeu quando assinou o Auto de Infração, salientando que caberia ao autuado, além de meramente anexar a relação de DAE's fornecidos pela Sefaz, apresentar as notas fiscais de entradas correspondentes. Em tempo, solicita a concessão de prazo para anexar as notas fiscais em questão.

A respeito da infração de nº 03, alega que às fls. 10 e 11 do presente PAF está anexada a Ordem de Serviço 50538/07, que comprova a realização de Auditoria de Caixa, ressaltando que o autuado não sabe diferenciar Auditoria Financeira de Auditoria de Estoque, movimentação financeira de movimentação econômica, bem como que os estoques inicial e final foram considerados como entrada e saída financeira através da movimentação monetária.

Ademais, argumenta que, consoante demonstra o Termo de Intimação anexo para a apresentação de livros e documentos fiscais, foram solicitadas todas as contas para a Auditoria de Caixa, salientando que a conta caixa foi disponibilizada pela própria empresa, cujo representante assinou todos os Termos de Abertura e de Encerramento, conforme fls. 12 a 29, 30 a 43, 44 a 61 e 62 a 84 do presente PAF.

Alega ter havido distorções na conta caixa, sendo as receitas declaradas no IRPJ diferentes das constantes do livro Caixa, destacando que no mês de dezembro de 2004 não foram encontradas notas fiscais de saídas, mas apenas cupons fiscais que totalizam R\$ 27.612,25, enquanto no livro Caixa o autuado declara receita de R\$ 95.819,07 em 31/12/2004, acusando-o, assim, de incorrer em simulação.

Rechaça também a alegação do autuado de não possuir contabilidade, informando que a ação fiscal realizou a reconstituição da conta caixa, com a ressalva de que os dados prestados pela empresa são providos de informações técnicas suficientes para consubstanciar o seu caixa.

Argumenta que o autuado foi intimado para apresentar os comprovantes de despesas e de origem de numerário que justificassem os pagamentos realizados durante o exercício, não tendo sido, porém, apresentado nenhum documento.

Ressalta, ainda, que foi dado à empresa o crédito legal do SIMBAHIA correspondente a 8%, frisando que, em casos de sonegação, as empresas de pequeno porte são tratadas como se fossem normais, afirmando estar claro na Auditoria Financeira que o autuado não tem respaldo financeiro suficiente com vendas que justifiquem a compra de mercadorias sujeitas à substituição tributária ou ao regime normal, o que torna improcedente a alegação da empresa de já ter recolhido o imposto, tendo em vista que, em ocasião da realização de compras, a empresa teria que ter numerário suficiente em caixa para arcar com os custos.

Por fim, observa, com base em listagem do CFAMT, que o autuado opera abaixo dos 10% de notas fiscais de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição, sendo que apenas em 2005 foi atingido o percentual de 13%.

Sendo assim, opina pela manutenção do presente Auto de Infração em todos os seus termos.

O presente PAF foi diligenciado à inspetoria de origem para que fossem anexadas as notas fiscais capturadas pelo CFAMT, bem como fossem fornecidas cópias ao contribuinte, com a conseqüente reabertura do prazo de defesa, 30 dias, para que o autuado pudesse manifestar-se.

Em cumprimento ao solicitado, o auditor fiscal anexou as notas fiscais do CFAMT, além de notas fiscais objeto deste auto de infração, às fls. 190 a 277.

A empresa manifesta-se às fls. 281 a 282 e ratifica os termos da contestação, acrescentando que quando da informação fiscal o autuante alegou que “houve divergência entre as informações registradas no CFAMT e a DME”, nos exercícios de 2004 e de 2005, o que motivou a realização da auditoria da conta caixa. Contudo, caso houvesse essas divergências, nos valores apurados na DME, e o apurado no levantamento fiscal, a multa prevista seria a do inciso XII-A do art. 42, para os exercícios de 2003 a 2005, sem qualquer outra exigência fiscal, inclusive para os exercícios anteriores. Argumenta que como empresa de pequeno porte, dispensada do cumprimento de obrigações acessórias, não está obrigada a manter escrita fiscal e contábil, o autuante deveria ter adotado outro procedimento fiscal.

VOTO

Inicialmente indefiro o pedido de revisão fiscal, com base no art. 147, incisos I e II do RPAF/99, tendo em vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para a formação de meu convencimento de julgadora.

Deixo de acatar a preliminar de mérito, de decadência, suscitada pelo autuado, pelas razões seguintes:

Embora o § 4º do artigo 150 do Código Tributário Nacional estabeleça que o prazo decadencial, em relação aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação (caso do ICMS), deva ser contado a partir da ocorrência do fato gerador, a doutrina tem entendido que tal prazo está relacionado com o imposto que foi efetivamente antecipado pelo contribuinte e oferecido à Fazenda Pública, o qual, após decorridos os cinco anos previstos legalmente, são aceitos, por assim dizer, pelo sujeito ativo da relação tributária.

Entretanto, quando o contribuinte deixa de oferecer parcelas do tributo e o Fisco atua no sentido de recuperá-las mediante lançamento de ofício, isto é, por meio de Auto de Infração, o prazo para a contagem da decadência deve ser aquele expresso no artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, o qual estabelece que “o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, e não o foi pelo sujeito passivo.

Na situação em análise, os fatos geradores do imposto, questionados pelo contribuinte, ocorreram no exercício de 2002, e o prazo para a constituição do crédito tributário se extinguiria no dia 31/12/2007. Como o presente Auto de Infração foi lavrado em 30/06/2007, não havia se configurado, ainda, a decadência do prazo para o lançamento do tributo. Ressalte-se, por oportuno, que a jurisprudência assente do Supremo Tribunal Federal, considera que, lavrado o auto de infração, não há mais que se cogitar de prazo de decadência, independentemente de notificação do lançamento ao sujeito passivo.

No mérito, na infração 01 está sendo exigido ICMS referente a três notas fiscais, nºs 76993, 75925, 76728, emitidas no mês de janeiro de 2002, relativas às aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

O demonstrativo de fl. 07 discrimina as notas fiscais, requisitadas no CFAMT - conforme planilha de fl. 161. A nota fiscal 75925 encontra-se na fl. 202, a nº 76728, fl. 200 e a 76993, na fl. 206, todas emitidas por CEDASA Indústria e Comércio de Pisos Ltda., referentes a piso esmaltado.

Contudo, apesar de as notas fiscais estarem anexadas aos autos, constato que o autuante não elaborou o demonstrativo da base de cálculo, bem como foi apurado o valor do imposto apontado na infração, impossibilitando que o contribuinte exercesse seu direito de ampla defesa.

Também constato que na infração 02 não há o demonstrativo da base de cálculo, especificando como se apurou o “quantum debeatur”, ou seja de que forma o autuante apurou a base de cálculo do imposto exigido. A planilha de fls. 07 e 08 não especifica, detalhadamente, as parcelas de IPI, e de frete que estão sendo exigidas na infração, bem como foi indicado apenas o valor devido e o valor pago, não tendo sido demonstrado de que forma se apurou o valor indicado como devido.

Deste modo, nestas duas infrações, deve ser aplicada a Sumula nº 01 do CONSEF, considerando nulo o procedimento fiscal que não contenha, de forma clara e compreensiva, a demonstração da base de cálculo e o método aplicado para a apuração do tributo, haja vista que restou demonstrado o cerceamento de defesa.

Neste sentido, encontra-se os precedentes jurisprudenciais, tais como: Acórdãos CJF nº 1064/99, 1071/99, 1123/99, 1132/99, 0122/00, 0292/00, 0457/00, 0721/00, 0734/00, 0864/00, 0948/00, 1098/00, 1271/00, 1440/00, 1772/00, 1811/00, 1915/00, 0045/01 e 0103/01.

Infrações nulas.

No mérito, na infração 03, está sendo exigido ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de janeiro de 2004, novembro e dezembro de 2005.

O imposto está sendo exigido com base na planilha de fl. 09, na qual o auditor fiscal observou que as receitas declaradas no Imposto de Renda Pessoa Jurídica, são diferentes das declaradas no livro Caixa.

Assim, os documentos juntados ao processo demonstrariam divergência entre o valor informado à Receita Federal e o valor constante no livro Caixa. Diante desta divergência, o autuante aplicou a alíquota de 17% e exigiu o ICMS ora analisado.

A auditoria das Contas do Ativo, tem por objetivo a verificação da regularidade dos lançamentos e dos documentos contábeis, compreende o exame dos lançamentos contábeis, conciliação de contas, ajustes e outras providências pertinentes, a fim de observar se valores foram ocultados ou contabilizados incorretamente, com o propósito de esconder sua verdadeira origem.

Entre essas auditorias encontra-se a Auditoria da Conta Caixa, que deve obedecer aos procedimentos previstos, inclusive no Manual de Fiscalização de Tributos Estaduais, AUDIC 303, que traz os passos a serem observados, com vistas à apuração de irregularidades, e entre esses passos constam:

1. exame da documentação correspondente aos lançamentos de débitos e de créditos da Conta Caixa, por amostragem, ou em sua totalidade, a fim de detectar possíveis fraudes, quer de ordem documental, quer de ordem financeira;
2. verificação das datas efetivas dos fatos contábeis e das datas dos respectivos registros;
3. exame do comportamento do saldo da Conta Caixa; em função da conta bancos, da conta Mercadorias, das receitas, e das despesas diversas, e ainda em função das contas Duplicatas a receber e Duplicatas a pagar (ou equivalentes).
4. Elaboração de demonstrativo dos exames efetuados, refletindo os saldos inicial e final, os recebimentos e os pagamentos contabilizados, bem como as irregularidades porventura apuradas.

5. Identificação das irregularidades existentes, que podem manifestar-se através de “estouro de caixa”, suprimentos de caixa, lançamento intempestivo, pagamentos não contabilizados.

Analisando o procedimento adotado pelo auditor fiscal noto que não foram observados os critérios constantes na apuração da Auditoria de Caixa, acima relatado, mas baseou-se em indícios referentes às divergências detectadas na Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica e os valores do livro Caixa.

Em vista do procedimento adotado pelo autuante, entendo que o lançamento não pode prosperar, tendo em vista que não foram apurados saldos credores na Conta Caixa, efetivamente, conforme enquadrado no art. 2º, § 3º do RICMS/BA (roteiro específico da Auditoria de Caixa), devendo ser anulado. Em consequência, represento à autoridade fazendária, para que em nova ação fiscal, a Auditoria de Caixa, com o procedimento regular seja efetuada, visando à apuração de omissões, a salvo de falhas, consoante o disposto no art. 21, do RPAF/99.

Ante o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, ao tempo em que represento à autoridade fazendária, para que os lançamentos sejam refeitos, a salvo de falhas, a teor do disposto no art. 21 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar NULO o Auto de Infração nº 207108.0015/07-7, lavrado contra **LUIZ JOSÉ BRAGA GUIMARÃES & CIA. LTDA.**, devendo ser renovado o procedimento fiscal a salvo das falhas indicadas.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de março de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR