

PROCESSO - A. I. Nº 269103.1201/07-8
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - SCS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (BLAZER CONFECÇÕES)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0089/02-09
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 19/11/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0337-12/09

EMENTA: ICMS. 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. Comprovada a não inclusão pelo autuante de outras receitas obtidas pelo contribuinte. Corrigido o levantamento, reduzida a exigência. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, tendo em vista Decisão exarada no Acórdão JJF nº 0089-02/09, que julgou Procedente em Parte o item 2 do Auto de Infração, lavrado em 11/12/2007, para exigir o ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa no valor de R\$162.402,63.

O autuado (fls. 795/799) afirmou que a auditoria em discussão (saldo credor de caixa) se encontrava eivada de vícios, pois o autuante não levou em conta os aportes de caixa originários de empréstimos, contrato de aluguel e contrato de uso de marca e nome fantasia. Disse que diante da situação mercadológica na época, comprou mercadorias a preços muito mais baratos, o que motivou os seus pedidos de financiamentos em instituições bancárias. Com isto, aumentou significativamente os seus estoques com produtos que podiam ser vendidos a preços competitivos. Utilizou, de igual forma, receitas originárias dos contratos de aluguel de imóvel e de uso de marca que mantém com a MGL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. Indicou os documentos solicitados pelo autuante (extratos, comprovantes de depósitos de financiamento, contratos e etc.), que não foram possíveis de apresentação à época da fiscalização, a saber:

Empréstimos:

1. Banco ABN A. Real S/A, em agosto de 2006, no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais). Vide "Comprovantes de Empréstimos Junto Ao Banco Real", anexados;
2. Banco HSBC, nos meses de janeiro a maio de 2006, totalizando o valor de R\$260.442,36 (duzentos e sessenta mil quatrocentos e quarenta e dois reais e trinta e seis centavos). Vide "Demonstrativo de Empréstimos (HSBC)", em anexo;
3. Banco HSBC, nos meses de março de 2006 (R\$50.000,00 (cinquenta mil reais e outubro de 2006 (R\$150.000,00 (cento e cinquenta mil reais. Vide "Demonstrativo de Empréstimos 2 (HSBC)", também anexado;
4. Banco HSBC, em agosto de 2006, no valor de R\$70.000,00 (setenta mil reais). Vide "Contrato de Empréstimo HSBC", anexo;

Aluguel:

1. junto à MGL Indústria e Comércio de Confecções Ltda. - de imóvel situado na Avenida Tancredo Neves, número 1632, Loja 34, Caminho das Árvores, Salvador, Bahia, CEP 41.820-

020, no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, totalizando o valor de R\$102.000,00 (cento e dois mil reais). Vide "ALUGUÉIS", em anexo.

Contrato de marca

1. Contrato de uso de marca - junto à MGL Indústria e Comércio de Confecções Ltda., no período de janeiro de 2004 a dezembro de 2006, totalizando o valor de R\$54.000,00 (cinquenta e quatro mil reais). Vide "Comprovantes de Receitas de Contrato de uso de Marca", em anexo.

Além destes atos, ressaltou que existiam outras receitas (no momento sem condições de comprovação), a exemplo de outros financiamentos junto a bancos e pagamentos por parte da MGL Indústria e Comércio de Confecções Ltda. de duplicatas. Quanto a estes pagamentos, disse que o impugnante e a MGL são empresas parceiras, possuem o mesmo nome de fantasia (em função do contrato do uso de marca e nome fantasia), comercializam as mesmas mercadorias, as mesmas marcas, funcionam com o mesmo padrão de atendimento, qualidade etc. Boa parte das suas compras é para pagamentos em mais de 30 dias, adimplidos através de duplicatas. Uma parcela destas duplicatas, de sua responsabilidade, quem paga é a MGL Indústria e Comércio de Confecções Ltda. (inclusive para honrar parte das suas obrigações no contrato de uso de marca), o que ocasionou a falsa presunção de "omissão de saídas de mercadorias em função de saldo credor de caixa". Tal saldo, afirmou, nunca foi credor.

Requeru que fossem acatados, provisoriamente, os valores apresentados nos "Memoriais de Cálculo"; afastando, assim, os valores inicialmente apresentados no Auto de Infração e que, antes do julgamento de Primeira Instância, solicitava o prazo de 30 dias para apresentar os comprovantes dos demais financiamentos e dos pagamentos da MGL Indústria e Comércio de Confecções Ltda..

O autuante (fls. 942/944) disse que a auditoria de caixa foi realizada com base em todos os documentos apresentados à fiscalização, cujas cópias estavam anexadas ao processo administrativo fiscal. E, apesar da apresentação extemporânea, a análise dos documentos relativos aos empréstimos, aluguéis e uso de marca não indicou irregularidade. Assim, os valores de ICMS a pagar, calculados no memorial de cálculo apresentado pelo impugnante estavam em conformidade com tais documentos. Todavia, tal fato demonstrava que ainda restavam valores de ICMS a se exigido. Após considerações a respeito da dilação de prazo solicitado pela empresa, requereu a Procedência Parcial do Auto de Infração, conforme apresentado às fls. 802/804 do processo.

O autuado (fl. 951) voltou a se manifestar para apresentar comprovantes de aporte de caixa originários de contratos de financiamento relativos aos exercícios de 2001 a 2008. Afirmou que os valores da auditoria de caixa de 2004 e 2005 - considerando-se os citados contratos - devem passar a ser os apresentados nas planilhas por ele anexadas (fls. 952/953).

O autuante (fl. 993/996) concordou com os novos valores apresentados pelo impugnante. Entendeu que a empresa deveria sofrer penalidade por apresentação extemporânea de documentos fiscais solicitados em intimação, tendo este CONSEF atribuição legal para fazê-lo.

A 1ª JJF encaminhou os autos à INFAZ de origem para que o autuante, ou outro auditor fiscal estranho ao feito, adotasse as seguintes providências:

- 1 intimasse o autuado a apresentar a documentação comprobatória de que e quando foram auferidas as receitas originárias do uso de marca, conforme alegado e constante das planilhas às fls. 952 e 953 dos autos;
- 2 apresentasse um demonstrativo individualizando, mensalmente, as receitas auferidas pelo autuado, relativas ao uso de marca, empréstimos e aluguéis, constantes das planilhas às fls. 952 e 953;
- 3 verificasse a consistência da documentação comprobatória das receitas relativas ao uso de marca, eventualmente apresentadas, e conferisse, com base na planilha elaborada no item 02, a pertinência destas e das demais receitas, ali consignadas, concernentes a empréstimos e aluguéis, inclusive, quanto ao seu aspecto temporal;

- 4 elaborasse, com base nos demonstrativos, às fls. 952 e 953, novas planilhas de apuração do ICMS devido.

O autuante (fl. 1002), em atenção ao solicitado, informou:

1. o contrato de aluguel e uso de marca encontra-se acostado aos autos às fls. 936/937, onde, na sua cláusula 28, consta o objeto da avença. A documentação que comprova as quantias e as datas dos recebimentos originários do referido contrato, no tocante ao uso de marca encontra-se às fls. 898/934 e, relativamente ao aluguel, às fls. 858 a 897.

Em sendo constatada a idoneidade e a consistência das receitas e dos documentos apresentados pelo defendente na impugnação e nas fls. 954 e seguintes, efetuou novamente os cálculos da planilha de apuração do ICMS de fls. 952 e 953, constatando a correspondência entre os referidos documentos/receitas e os dados ali consignados. Assim, os valores totais históricos do imposto, sem multa ou acréscimos, eram de R\$27.582,59 para 2004 e R\$26.423,79 para 2005.

O autuado (fls. 1009/1010) tomou ciência do demonstrativo de débito, bem como do resultado da diligência, não mais se manifestando nos autos.

A JJF após narrar todas as providências que foram tomadas, analisar a documentação apresentada, a busca da identificação de sua idoneidade e a conclusão a que chegou o próprio fiscal autuante, acolheu os valores do ICMS constantes da planilha elaborada pela empresa e constante das fls.952/953, já que revisada pelo fiscal que afirmou haver correspondência entre os documentos /receitas apresentadas e os dados ali consignados, no total de R\$54.006,38.

Foi mantida a procedência parcial da infração 02 do Auto de Infração no valor de R\$54.006,38.

Em 16/6/2008 o processo foi entregue à Coordenação Administrativa deste CONSEF para inclusão em pauta de julgamento (fl. 1025). Neste íterim, o contribuinte atravessou dois petítórios (fls. 1027/1028 e 1032/1033), através do qual propugnou pela reapreciação meritória da Decisão de primeira instância, argumentando “não ter sido intimada da Decisão de 1ª Instância”.

Discutida a questão na sessão de julgamento realizada no dia 13/07, após ouvida, inclusive, do pronunciamento da PGE/PROFIS, através do Dr. José Augusto Martins Júnior, decidiu a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, com esboço no princípio da economia processual e em consonância com o princípio da unicidade do julgamento dos Recursos:

1. determinar à Secretaria do CONSEF que desentranhasse dos fólios processuais, mediante informação nos autos, os documentos acostados às fls. 1026 e seguintes, encaminhando-os ao setor competente para que fosse procedido o exame acerca da tempestividade - ou não - da Manifestação apresentada, intimando-se posteriormente o contribuinte do resultado da apreciação;
2. sobrestar o julgamento do Recurso de Ofício, retirando-o de pauta, até que venha a ser proferida Decisão definitiva quanto à admissibilidade, ou não, do processamento, na forma de Recurso

O contribuinte foi intimado para tomar conhecimento da intempestividade do Recurso interposto e do seu prazo para impugnar o arquivamento de manifestação (fls 1038/1040). O AR desta intimação foi devolvido pelos correios com a informação de que a empresa era desconhecida no endereço indicado. Em 22/7/2009, o procurador do contribuinte, após solicitação, recebeu cópias das fls. 948, 949, 109, 1010, 1022, 1023 e 1036/1039 dos autos que se referem às intimações feitas à empresa e do despacho exarado pela Assistente deste CONSEF (fl. 1041).

A empresa, através de seu procurador, manifesta-se (fls. 1043/1044) acerca da intimação de fl. 1038, afirmando, novamente, ser irregular a intimação de fl. 1023, posto que sem o endereço completo do contribuinte e assinado o AR por pessoa absolutamente estranha ao seu quadro funcional. Por tal fato, requer a intimação de forma regular em atenção aos princípios estabelecidos no art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal. Entende que a situação descrita enseja a nulidade do feito, devendo ser apreciada por esta 2ª CJF sob pena de cerceamento de defesa.

O assistente da Presidência do CONSEF emite Parecer sobre a matéria em questão (fls. 1047A/1050). Neste, após descrever todo o andamento processual até a última manifestação do

patrono da empresa, afirma que, inegavelmente, o autuado apesar do porte, do valor do Auto de Infração e do desejo de anulá-lo via julgamento administrativo, descuidou-se daquele que seria elemento essencial para a consecução deste objetivo: o prazo processual. Ressaltando as determinações do art. 10º, parágrafo 1º, Inciso I e art. 171, ambos do RPAF/BA, entendeu que, de forma cristalina, encontrava-se caracterizada a intempestividade, conforme disposições de RPAF/99 no parágrafo 2º do artigo 173. E, em relação à tese esposada pela defesa da ilegitimidade da pessoa que recebeu e assinou o Aviso de Recebimento dos Correios, afirmou não encontrar respaldo quer no âmbito administrativo, quer no judicial. Para consubstanciar o que expôs apresentou julgados da Receita Federal e Decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Observou que o endereço da intimação atacada é o mesmo daquela constante no Aviso de Recebimento de fl. 949, a qual foi recebida pela mesma pessoa da intimação de fl. 1023, conforme prova a assinatura e o número do documento de identidade. A diferença é que na primeira intimação, a empresa compareceu regularmente, não o fazendo, contudo, na segunda.

Assim, estendendo que a peça recursal do autuado encontrava-se desprovida de qualquer embasamento legal ou fático, e sendo constatado ter sido ultrapassado o prazo pelo contribuinte para recorrer contra a Decisão do julgamento, sugeriu que o Recurso fosse Conhecido, contudo Negado o seu Provimento.

A presidente do CONSEF, com base no Parecer exarado, conhece o Recurso apresentado pelo contribuinte negando-lhe provimento (fl. 1051).

O contribuinte foi cientificado da Decisão, conforme fls. 1054/1055 dos autos.

VOTO

O lançamento fiscal motivador do Recurso de Ofício diz respeito a exigência do ICMS por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa no valor original de R\$162.402,63.

Ao longo da lide a empresa comprovou a existência de receitas não somente de vendas que deram suporte, em parte, ao fluxo do seu caixa. Toda a documentação apresentada foi analisada pelo próprio fiscal autuante que concordou integralmente com as razões expostas pela empresa. Sendo a presunção, ora em lide, *jurus tantum*, e sendo comprovada a insubsistência em parte da autuação, foi acertada a Decisão de Primeira Instância.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto.

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 **269103.1201/07-8**, lavrado contra **SCS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA. (BLAZER CONFECÇÕES)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$74.060,46**, acrescido da multa de 50% sobre R\$20.054,08 e 70% sobre R\$54.006,38, previstas no art. 42, incisos I, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de outubro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERRIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATOR

JOÃO REGO SAMPAIO NETO - REPR. DA PGE/PROFIS