

A. I. Nº - 233048.0005/09-7
AUTUADO - EDVALDA DE SÃO PEDRO SILVA
AUTUANTE - KARIME MANSUR MACHADO
ORIGEM - INFRAZ VAREJO
INTERNET - 14. 10. 2010

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0284-01/10

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. Afastada a arguição de nulidade. Infração caracterizada. 2. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. O lançamento tributário, quanto ao segundo item do Auto de Infração, é nulo, pois está em desconformidade com o disposto no artigo 39, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. O método de apuração do imposto devido, do modo como conduzido pelo fisco, é prejudicial ao sujeito ativo e não pode ser corrigido mediante diligência. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe foi lavrado, em 20/03/09, para exigir ICMS, no valor total de R\$ 208.054,36, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de dezembro de 2004, março e dezembro de 2005 e dezembro de 2006. Lançado ICMS no valor de R\$ 176.913,88, mais multa de 70%.
2. Omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito e/ou de débito em valor inferior ao fornecido por instituições financeiras e administradoras de cartão de crédito, no exercício de 2007. Lançado ICMS no valor de R\$ 31.140,48, mais multa de 70%.

O autuado apresenta defesa (fls. 1.340 a 1.345) e, referindo-se à Infração 01, apresenta demonstrativos de auditoria de caixa, seguindo a metodologia adotada pela autuante. Nesses demonstrativos, o autuado emprega percentuais de mercadorias tributáveis superiores aos utilizados pela autuante e mantém as demais variáveis utilizadas na auditoria – inclusive o valor do crédito previsto no §1º do art. 19 da Lei 7.357/98.

Quanto à Infração 02, o autuado afirma que *foram constatadas vendas no cartão de crédito no valor de R\$ 424.875,74 e na venda pela máquina redução Z, R\$ 254.776,67 e o faturamento anual foi de R\$ 726.559,74, dando uma diferença para mais de R\$ 301.684,00, que foram Nota Fiscal Série 1 conforme autorizações assim sendo não houve d*

de R\$ 31.140,48, como foi apresentado pela Auditora Fiscal. Prosseguindo, o autuado apresenta um demonstrativo, no qual constam vendas acobertadas por notas fiscais no valor de R\$ 471.783,06.

Diz que foi apurada a proporção das operações tributáveis com base nos dados históricos do contribuinte. Afirma que a responsabilidade por infração à legislação tributária independe de haver, ou não, má-fé.

Para comprovar suas alegações, o autuado acostou ao processo uma relação de notas fiscais referentes a mercadorias com o ICMS pago por substituição tributária (fls. 1347/1356), fotocópias de notas fiscais de entradas (fls. 1358/1722) e fotocópia de extratos bancários (fls. 1723/1730).

Ao finalizar sua defesa, o autuado solicita “*a Improcedência do Auto de Infração, após produzidas as provas que não de ser deferidas, indicadas e realizadas, seja finalmente julgada a presente, declarando nulo crédito Tributário, por faltar-lhe, no seu aspecto formal, Legitimidade da Autora em responder pelo ato do fato gerador principal, por não ter realizado nenhum fato negocial que a dê essa condição todos os documentos comprovação copia xerox em anexo*”.

Ao prestar a informação fiscal (fl. 1735), a autuante, inicialmente, afirma que a defesa apresentada é confusa e de difícil entendimento.

Diz que os percentuais de mercadorias com o imposto pago por substituição tributária apresentado pelo autuado quando da ação fiscal (fls. 14 a 36, 47 a 60, 66 a 74 e 80 a 100) divergem dos citados na defesa. Salienta que os percentuais em relação ao exercício de 2007 foram calculados mensalmente, conforme fl. 76.

A auditora fiscal aduz que mediante o Auto de Infração nº 233048.0105/08-3, em relação ao exercício de 2004, o contribuinte já tinha sido autuado pela mesma irregularidade descrita na Infração 01 do presente lançamento, sendo que o débito foi pago normalmente.

Diz que, na apuração do débito cobrado na Infração 02, foram “abatidos os valores de vendas substituídas anteriormente no exercício de 2007 conforme folhas 76 e 77 deste processo”.

Ao finalizar a informação fiscal, a autuante mantém a autuação em todos os seus termos.

O processo foi convertido em diligência à INFRAZ Varejo, fl. 1738, para que fosse: acostado ao processo cópia do Auto de Infração nº 233048.0105/08-3; revistos os percentuais de proporcionalidade; entregue ao autuado cópia dos relatórios TEFs diários e reaberto o prazo de defesa em trinta dias.

Em atendimento à diligência, a autuante anexou cópia do Auto de Infração nº 233048.0105/08-3 às fls. 1741 a 1745. Quanto aos percentuais utilizados no cálculo da proporcionalidade, diz, à fl. 1740, que “as relações anexadas pelo contribuinte às folhas 1347 a 1355 não podem ser comparadas com as descritas às folhas 1735 deste processo por não estarem totalizadas por mês”.

O autuado foi notificado acerca do resultado da diligência por meio de edital publicado no Diário Oficial, tendo em vista que a notificação por carta com aviso de recebimento não surtira efeito.

Decorrido o prazo de trinta dias, o processo foi encaminhado ao CONSEF para julgamento e, em seguida, foi redistribuído para este relator.

VOTO

Em sua defesa, o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração, sob argumento de que faltava ao lançamento tributário a observância de aspectos formais. Assim, passo a analisar a preliminar de nulidade em relação a cada uma das infrações que compõem o lançamento tributário.

Quanto à Infração 01, afasto a nulidade argüida pelo autuado, pois o lançamento tributário se encontra revestido das formalidades legais previstas, e estão claramente constatados o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas. F

pleno exercício do direito de defesa e do contraditório. Não há, portanto, qualquer vício capaz de inquiná-lo de nulidade.

A Infração 02 trata de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio de levantamento das vendas pagas com cartão de crédito e/ou débito, conforme o demonstrativo de fl. 75. Embora nesse demonstrativo a autuante tenha apurado o imposto devido mensalmente, o débito tributário foi lançado tendo como data de ocorrência o último dia do exercício fiscalizado (fl. 2). Assim, os acréscimos tributários passaram a ser computados apenas a partir de 31/12/07, em claro prejuízo à Fazenda Pública Estadual.

Tendo em vista que era possível efetuar o levantamento do débito tributário por período mensal, não se pode aplicar ao presente caso as disposições contidas no § 2º do artigo 39 do RPAF/99, como fez a autuante ao considerar o tributo como devido no último mês do período fiscalizado. Nesse dispositivo citado, o legislador pretendeu preservar o direito do Estado ao estabelecer que quando não fosse possível discriminar o débito por períodos mensais, o tributo deveria ser considerado como devido no último dia do período fiscalizado. Porém não foi este o caso do levantamento conduzido pela fiscalização.

Considerando que esse método de apuração acarreta claro prejuízo à Fazenda Pública Estadual, que era possível a realização do levantamento do débito por período mensal e que não há como se corrigir esse equívoco mediante diligência (pois haveria majoração do valor originalmente cobrado), faz-se necessária a decretação da nulidade da Infração 02, por inobservância do devido processo legal.

Desse modo, a Infração 02 é nula, por inobservância do devido processo legal, ao teor do disposto no artigo 39, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Nessa matéria, o CONSEF vem, pacificamente, decidindo nesse sentido, a exemplo dos Acórdãos JJF nos 0145-04/04, 0101-03/07 e CJF nos 0634-11/03, 0649-11/03, 0686-11/03 e 0194-11/04, sendo que deste último transcrevo abaixo a ementa e o voto:

ACÓRDÃO CJF N° 0194-11/04

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. É nulo o lançamento fiscal, pois lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

VOTO

Após análise dos autos, verifico que a 4ª JJF fundamentou corretamente sua Decisão em declarar nula o presente Auto de Infração, uma vez que este fora lavrado em desacordo com o disposto no art. 39, IV, “a”, do RPAF/99.

Isto porque, embora as notas fiscais se reportem às compras efetuadas pelo contribuinte nos exercícios de 2000 a 2001, os autuantes, ao invés de apurar o imposto devido mensalmente, para fins de atualização monetária e cálculo dos acréscimos legais, consignaram no Auto de Infração como data de ocorrência, a data da sua lavratura. Outrossim, os autuantes exigiram imposto por antecipação das mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária (bebidas alcoólicas), quando nas notas fiscais constam também mercadorias sujeitas à tributação normal. Ora, tendo em vista que tais ocorrências implicaram em prejuízo à Fazenda Estadual e, por conseguinte, não podem ser sanadas através de diligências, conforme determina o § 1º, do art. 18, do RPAF/99, partilho do entendimento da 4ª JJF no sentido de que a autuação não deve prosperar.

Neste contexto, impõe-se à decretação da Nulidade, e com fundamento no artigo 21, do RPAF recomendo o refazimento do procedimento fiscal a salvo de falhas.

Ante o exposto, considerando que foi devolvida a questão ~~concernente à infração 1 na forma de Recurso de Ofício, e por não constatar nos autos fatos ou fato julgado, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício~~

Decisão recorrida.

Nos termos do artigo 21 do RPAF/99, represento à autoridade competente, para que seja feita a ação fiscal quanto à Infração 02, a salvo de falhas.

O processo já foi convertido em diligência, tendo sido, inclusive, reaberto o prazo de defesa. O autuado, no entanto, manteve-se silente. Interpreto esse silêncio como um acolhimento, tácito, do resultado da diligência realizada. Não vislumbro motivo para a realização de nova diligência, pois os elementos já existentes nos autos são suficientes para a formação do convencimento dos julgadores e a solicitação feita pelo autuado não está devidamente fundamentada.

Adentrando no mérito da lide, observo que a Infração 01 trata de falta de recolhimento de ICMS em decorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada por meio de saldo credor de caixa. Para comprovar essa acusação, a autuante elaborou demonstrativos e acostou ao processo os documentos que respaldavam os dados consignados nesses demonstrativos.

Uma vez comprovada a existência de saldo credor de caixa, o disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.01/96, autoriza que se presuma a ocorrência de omissão de operações de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme dispositivo transscrito a seguir, com a redação vigente à época dos fatos:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

[...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Visando elidir parcialmente a presunção legal, o autuado questiona os percentuais das operações tributáveis utilizados pela autuante ao aplicar o critério previsto na Instrução Normativa 56/07 – cálculo do imposto devido proporcionalmente às operações tributáveis realizadas no período. Segundo as planilhas apresentadas na defesa, o valor devido na Infração 01 é de R\$ 93.413,66.

Ao se confrontar os demonstrativos elaborados pelo autuado (fls. 1341 a 1344) com os da autuante (fls. 9/10, 37/38, 42/43, 61/62), constato que os valores dos saldos credores de caixa considerados na defesa são os mesmos que foram apurados pela autuante. Não há, portanto, controvérsia sobre os saldos iniciais de caixa, as receitas e as despesas apuradas pela autuante.

Quanto à aplicação do critério da proporcionalidade, previsto na Instrução Normativa 56/07, verifico que os cálculos efetuados pela autuante estão embasados em demonstrativos elaborados pelo próprio autuado (fls. 14/36, 47/60, 66/74 e 80/100), os quais foram apresentados ao fisco para esse fim específico (fl. 05).

Na defesa interposta, o autuado refaz a apuração do imposto utilizando percentuais diferentes dos apurados pela autuante, acosta ao processo uma relação de notas fiscais (fls. 1347 a 1357) referentes a aquisições de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e anexa fotocópias dessas notas fiscais (fls. 1358 a 1722).

Não vislumbro como acatar os percentuais de mercadorias tributáveis utilizados pelo autuado, detimento dos apresentados no início da ação fiscal, pois dentre as demonstrações e relacionadas nas planilhas do autuado, há diversos documentos que contradizem a

outros contribuintes, a exemplos das Notas Fiscais de nº 14.653 (fl. 1449), 62.945 (fl. 1530), 180.694 (fl. 1665), 154.916 (1685), 145.570 (fl. 1686), 154.767 (fl. 1687), 153.782 (fl. 1690), 8.474 (fl. 1710) 75.0031 (fl. 1715), 107.956 (fl. 1720), etc. Esse fato deixa clara a fragilidade do argumento e da prova que fora trazidos na defesa.

Por fim, ressalto que os documentos de fls. 1723 a 1736 (fotocópia de extratos bancários e de contratos de abertura de crédito) não são capazes de comprovar efetivos ingressos de recursos no caixa da empresa e, portanto, não elidem a infração.

Assim, entendo que restou comprovada a ocorrência de saldos credores de caixa, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo legal, tiveram a sua origem desconhecida. Infração caracterizada.

Deixo de adentrar no mérito da Infração 02, uma vez que ela é nula, conforme já demonstrado na apreciação da preliminar de nulidade.

Pelo acima exposto, voto pela Procedência Parcial do Auto de Infração, para julgar a Infração 01 procedente e a Infração 02 nula.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233048.0005/09-7, lavrado contra **EDVALDA DE SÃO PEDRO SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$176.913,88**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – JULGADOR