

A. I. Nº - 269204.0102/12-3
AUTUADO - HÉLIO GONÇALVES FERNANDES.
AUTUANTE - EXUPÉRIO OLIVEIRA QUINTEIRO PORTELA
ORIGEM - INFRAZ SEABRA
INTERNET - 17.08.2012

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0183-02/12

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. **a)** SUPRIMENTO DE NÃO COMPROVADA. **b)** SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Considerando que este lançamento tributário decorre de renovação de procedimento fiscal, referente ao PAF nº 269204.0903/07-0, que foi anulado, através das Resoluções do CONSEF JJF nº 0079-03/10 e CJF nº 0080-12/11, em decorrência de erros tanto formais como materiais, concluo, com base no Artigo 173, inciso II, do CTN, e na jurisprudência deste Colegiado, que não havia mais possibilidade de novo lançamento fiscal em 22/03/2012, das ocorrências constatadas nos exercícios de 2002 a 2004, porquanto operou-se a decadência do direito de a Fazenda Pública em constituir o crédito tributário relativo aos citados exercícios objeto do presente processo administrativo fiscal. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/03/2012, reclama ICMS no valor total de R\$19.362,38, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$1.360,00, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de Caixa, de origem não comprovada, nos meses de janeiro e dezembro de 2002, conforme demonstrativos e documentos às fls.
2. Falta de recolhimento do ICMS no total de R\$18.002,38, correspondente a omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldos credores de Caixa, em diversos meses dos exercícios de 2002, 2003 e 2004, conforme demonstrativos às fls.44 a 85.

Em complemento consta:

Conforme Demonstrativo da Movimentação Financeira da Empresa, demonstrativo das Aquisições e Pagamentos Efetuados no Período, Resumo das Saídas, Demonstrativo dos Pagamentos de Despesas Efetuados no Período.

No Exame do livro Caixa do contribuinte constatamos que não foram escriturados vários pagamentos tendo também escriturado pagamentos de forma globalizada, tal fato não nos permitiu identificar a que título se refere o pagamento. Para solucionar este problema sem prejuízo para o contribuinte, partindo do saldo inicial de caixa estornamos mensalmente todos os valores lançados a débito e a crédito de forma global e efetuamos todos os valores apurados de forma analítica como está demonstrado no Demonstrativo da Movimentação Financeira da Empresa e demais anexos. Vale ressaltar que este procedimento não acarreta nenhum prejuízo ao contribuinte, pois ele respeita todos os valores escriturados pelo contribuinte quando efetuamos os lançamentos na forma analítica. Exceção se faz apenas para os valores lançados sob a rubrica Balanço de Abertura que foram glosados por falta de comprovação da origem.

O método de apuração preservou todos os valores pagos sem identificação, cobrando apenas o excedente entre os valores registrados e os não registrados.

Foram retirados do cômputo dos pagamentos os valores relativos às mercadorias isentas e/ou não tributadas bem com as tributadas exclusivamente na fonte. Foram observadas ainda a proporcionalidade das receitas e despesas nos termos do Item 1 da IN56/2007 uma vez que a documentação colocada ao nosso dispor não nos permitiu determinar com exatidão o valor real das receitas referentes às mercadorias isentas e/ou não tributadas bem com as tributadas exclusivamente na fonte.

Os demais procedimentos do levantamento foram executados na forma abaixo indicada:

- 1) *A título oneroso - Foram considerados os pagamentos de mercadorias tributáveis em suas respectivas datas de vencimento. Quando não havia indicação no documento de sua data de vencimentos, este foi considerado como pagamento a vista;*
- 2) *Bonificações, Brindes e Amostras - Foram excluídas do relatório porque não causam impacto na saída de recursos da empresa;*
- 3) *Demais Despesas - Embora nem todos os comprovantes de despesas registradas no Livro Caixa tenham sido apresentados pelo contribuinte por ocasião da primeira autuação, tomamos como verdadeiros todos os valores registrados;*
- 4) *Toda a documentação anexada a este Auto de Infração tem por base a documentação acostada nos autos do PAF 269204.0903/07-0 que teve seu procedimento anulado parcialmente, pois o contribuinte alegou prescrição e decadência para não fornecer novamente a documentação solicitada.*

O Contribuinte foi regularmente intimado em 02/02/2012 e em 02/03/2012 para apresentar os livros e documentos fiscais para a correção dos lançamentos fiscais. Na primeira intimação, silenciou-se tendo sido notificado através da Notificação Fiscal 9269204101/12-2, na segunda intimação enviou correspondência alegando que os referidos exercícios já se encontram alcançados pela prescrição e decadência.

O autuado, através de advogados legalmente constituídos, em sua defesa às fls.733 a 746, após descrever os fatos, argüiu que a exigência fiscal recai sobre exercícios ocorridos há mais de 05 (cinco) anos.

Chama a atenção de que no corpo do auto de infração, o autuante relata que o contribuinte alegou prescrição e decadência com o intuito de não fornecer novamente a documentação solicitada, e que o mesmo enviou correspondência informando que os referidos exercícios já se encontravam alcançados pela decadência.

Aduz que nada lhe impediria de apresentar a documentação solicitada, se não fosse o fato do escritório contábil, logo após os 05 (cinco) exercícios de escrituração dos documentos dos contribuintes, proceder a sua incineração.

Assim, argumenta que não pode prosperar a exigência fiscal em comento, seja porque não forneceu a documentação relativa aos exercícios fiscalizados, o que não possibilitou ao autuante fundamentar sua ação fiscal, seja porque, decaiu o direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário através do lançamento de ofício.

Prosseguindo, comenta sobre os princípios de direito, quais sejam, da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, para argüir a nulidade da autuação, pelos seguintes motivos.

- a) *Falta de prova - Destaca que na imputação de infração de nº. 01, o autuante afirma que o contribuinte procedeu a escrituração, sem comprovar a origem dos valores no Caixa, com o título de abertura de R\$5.000,00 (cinco mil reais) em 01/01/2003 e R\$3.000,00 (três mil reais) em 31/12/2003, e que na imputação da infração de nº. 02, afirma que ocorreu saldo credor de Caixa. Transcreveu os artigos 2º, e 41 do RPAF/99, para salientar que, em razão de sua impossibilidade, não apresentou seus documentos solicitados pelo autuante, e por isso, as imputações são desprovidas de documentos de*

prova, impondo a sua nulidade com fulcro no artigo 18, inciso IV, alínea “a”, do RPAF/99. Cita lição de professor de direito tributário sobre o elemento de prova no direito tributário.

b) Ocorrência da decadência - invocou os artigos 142, 149, V e VI, e 150, §4º, CTN, para argüir que a legislação citada elegeu como marco inicial a “ocorrência do fato gerador” do ICMS (§4º do art. 150 do CTN), razão pela qual, entende que o fato jurídico que deu causa ao nascimento da relação jurídica daquele tributo demanda o instante em que passa a fluir o lapso temporal do instituto, qual seja, o prazo decadencial de 5 (cinco) anos a contar do fato gerador, *in casu*, os exercícios de 2002, 2003 e 2004, ocorrendo a homologação tácita. Assim, sustenta que só cabe a revisão do lançamento nos termos do artigo 149 do CTN. Transcreveu a jurisprudência do CONSEF, em um caso que julgou nulo o procedimento fiscal por falta de comprovação da impossibilidade de apuração do montante real da base de cálculo.

Por fim, requer a nulidade da autuação.

Na informação fiscal à fl. 759, com relação a alegação de nulidade do lançamento, o autuante rebate os argumentos defensivos esclarecendo que o procedimento fiscal que resultou na lavratura do Auto de foi determinado pela Corregedoria da Secretaria da Fazenda, e diz que, considerando que a sua atividade fiscal é vinculada não poderia deixar de refazer o procedimento fiscal. Aduz que a autuação fiscal encontra amparo legal no RPAF/Ba no item II do art. 173. Conclui que superada a tese de nulidade não restará ao órgão julgador, senão declarar a procedência total da autuação, haja vista que o autuado nada mais declarou em sua defesa.

VOTO

O Auto de Infração contempla duas infrações, ambas apuradas através da conta Caixa, e imputa ao contribuinte a realização de omissão de saída de mercadorias tributáveis representada através de suprimento de Caixa, de origem não comprovada, nos meses de janeiro e dezembro de 2002 (infração 01), e por saldos credores de Caixa, em diversos meses dos exercícios de 2002, 2003 e 2004 (infração 02).

O trabalho fiscal está formalizado através do papel de trabalho intitulado de “Demonstrativo da Movimentação Financeira da Empresa”, e em demonstrativos das saídas, das aquisições e dos pagamentos efetuados no período fiscalizado e de cópias do livro Caixa e de notas fiscais (fls. 44 a 726), documentação essa acostada ao PAF nº 269204.0903/07-0, que foi julgado nulo, conforme Resoluções do CONSEF JJF nº 0079-03/10 e CJF nº 0080-12/11. Ressalto que o autuante fez constar na descrição dos fatos no Auto de Infração que utilizou essa documentação, visto que o sujeito passivo deixou de atender às intimações para fornecimento dos livros e documentos fiscais correspondentes ao período de 01/01/2002 a 31/12/2004, sob o fundamento de que os exercícios fiscalizados foram atingidos pela prescrição e decadência, conforme correspondência do patrono do autuado à fl.08 dos autos.

O autuado em sua peça defensiva relata os fatos, apresenta suas razões de impugnação, argumenta que não pode prosperar a exigência fiscal em comento, consubstanciadas no argumento de nulidade por que, segundo ele, por falta de prova, seja por não ter fornecido a documentação relativa aos exercícios fiscalizados, o que não possibilitou ao autuante fundamentar sua ação fiscal, seja porque, decaiu o direito da Fazenda Estadual de constituir o crédito tributário através do lançamento de ofício, ou seja, que o período fiscalizado já teria sido alcançado pela prescrição.

Portanto a lide se resume unicamente na apreciação das razões da defesa de prescrição e decadência, para as quais, passo a apreciar.

O ICMS é um imposto cujo lançamento é sujeito a homologação e o pagamento antecipado do imposto extingue o crédito tributário sob condição resolutória da ulterior homologação (art. 150, §1º do CTN). Logo, mesmo já tendo ocorrido fiscalização dos períodos fiscalizados, nada impede a realização de revisão pela administração tributária desde que obedeça as regras previstas na legislação relativa à prescrição e decadência.

Quando de se trata de revisão de lançamento fiscal, o procedimento da fiscalização deve atender aos ditames do artigo 149 do Código Tributário Nacional, haja vista que lançamento tributário realizado

é ato vinculado, devendo a fiscalização fazendária cumprir as disposições previstas na legislação tributária, em especial o disposto no artigo 936 do RICMS/97.

No presente caso, não se trata de revisão de lançamento fiscal, mas de renovação do procedimento fiscal, em razão de ter sido anulada a ação fiscal que resultou no auto de infração acima indicado, por carecer o lançamento de certeza e liquidez, em decorrência de vícios insanáveis no mesmo, mais precisamente, em razão da ocorrência de diversos erros, tanto formais como materiais, em especial erros de cálculos, duplicitade de cobrança do imposto e falta de justificativas da forma como foi apurada a base de cálculo.

Feitas estas considerações sobre o tema lançamento tributário, passo agora a comentar sobre a decadência e a prescrição tributária, onde se conclui que a decadência tributária só ocorre se não for efetuado o lançamento tempestivamente, dentro do prazo de 05 (cinco) anos. Já a prescrição tributária, esta ocorre quando o Estado deixa de promover a cobrança do crédito, também no prazo de 05 (cinco) anos, contados da constituição definitiva do crédito tributário.

Reza o artigo 107-A, do COTEB/BA, reproduzido no artigo 173, inciso II, do RPAF/BA, *in verbis*:

“Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 05 (cinco) anos, contado:

...

II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.”

Art. 107-A. O direito de a fazenda pública constituir o crédito tributário extingue-se no prazo de 5 anos, contado:

.....

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. *O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.*

Assim, comungo com a informação constante à fl.766 verso de preposto da DITRI, no sentido de que de acordo com o mencionado dispositivo regulamentar, apenas nos casos de nulidade de lançamento decorrente de vício formal insanável, a contagem do prazo para que a fiscalização fazendária possa lavrar novo Auto de Infração se iniciará na data da decisão em que anulou o lançamento anterior.

Ressalto que a PGE/Profis ao se manifestar sobre o Auto de Infração nº 2068910033099, em nome do contribuinte Pirelli Pneus Ltda., emitiu parecer, de lavra da Drª. Maria Helena Cruz Bulcão, corroborando com a decisão contida no Acórdão CJF nº 0341-11/11, no sentido de que sendo de natureza material o vício que maculou o Auto de Infração anterior, deve-se aplicar a regra insculpida no artigo 173, inciso I, do CTN.

No presente caso, considerando-se que a nulidade a que chegaram as Resoluções do CONSEF JJF nº 0079-03/10 e CJF nº 0080-12/11, no julgamento do PAF nº 269204.0903/07-0, decorreu da ocorrência tanto de erros formais como materiais, concluo, com base no dispositivo acima transcrito, e na jurisprudência citada, que não havia mais possibilidade de novo lançamento fiscal em 22/03/2012, das ocorrências constatadas nos exercícios de 2002 a 2004, porquanto operou-se a decadência do direito de a Fazenda Pública em constituir o crédito tributário relativo aos citados exercícios objeto do presente processo administrativo fiscal.

Nestas circunstâncias, concluo que não há como dar prosseguimento a lide, impondo a insubsistência da autuação.

Ante o exposto, voto pela IMPROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269204.0102/12-3**, lavrado contra **HÉLIO GONÇALVES FERNANDES**.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de agosto de 2012.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - JULGADOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR