

PROCESSO	- A. I. Nº 017241.0006/08-8
RECORRENTE	- ERIZALDO FARIAS DOS SANTOS (RUA NOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0287-02/11
ORIGEM	- INFRAZ SERRINHA
INTERNET	- 29/07/2013

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0203-12/13

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado o parcial cometimento da infração. Indeferidos os pedidos de diligência. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, concretizada no Acórdão JJF Nº 0287-02/11, a qual, unânime, julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 25/06/2008, para cobrar ICMS e multa, no valor total de R\$16.891,84, em razão da apuração de quatro infrações, sendo objeto do presente Recurso Voluntário, apenas a imputação rotulada de infração 1, assim descrita: “*Omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2003 a 2005. ICMS no valor de R\$8.957,47, com multa de 70%*”.

O autuado apresentou a sua defesa (fls. 562/575) e o autuante a informação fiscal de fls. 588/591, seguindo-se o julgamento na instância de piso, através do acórdão JJF nº 0356-02/09, o qual foi objeto de Recurso Voluntário, julgado prejudicado e decretada de ofício a nulidade da Decisão hostilizada, a teor do acórdão CJF nº 0015-11/11.

Em sequência, foi reaberto o prazo para defesa, tendo o autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, reiterado, tempestivamente, a impugnação ao Auto de Infração (fls.719 a 725), assim como o autuante, em informação de fl. 728, confirmado o entendimento já exposto nas peças informativas anteriores.

Após concluída a instrução, a 2ª JJF julgou parcialmente procedente o Auto de Infração em epígrafe, nesse passo, inacolhendo as preliminares de nulidade e, com a fundamentação adiante transcrita, se posicionado acerca da infração 1, objeto do presente Recurso:

“No que se refere à infração 01, foi elidida pelo autuado a ocorrência de 31/12/2003, tendo em vista os ajustes efetuados pelo autuante, com base nas arguições do autuado, quanto à correção do saldo inicial do exercício de 2003, tendo em vista a existência de saldo devedor no final do exercício de 2002.

Quanto aos exercícios de 2004 e 2005, o autuante calculou a proporcionalidade, relativa às mercadorias tributáveis, respectivamente de 78,38% e 66,45%.

Tais proporcionalidades resultaram nos valores e ICMS devido, conforme planilhas a seguir alinhadas, diferente da forma utilizada para cálculo do imposto devido efetuada pelo autuante ao atender a diligência. Não cabe, como calculou o autuante, a aplicação da proporcionalidade das tributadas sobre os pagamentos, conforme não prevê a Instrução Normativa nº 56/2007, e sim, no presente caso, sobre o saldo credor apurado, pois deve ser excluídas as não tributadas do cálculo do ICMS devido.

Exerc. 2004	Recebimentos	Pagamentos	Saldo Credor	Proporc. Trib.%	Base Calculo	Aliq.	ICMS Devido
A	B	C= B-A	D	E=DxC	F	G=Fx E	
383.498,79	414.579,02	31.080,23	78,38	24.360,68	17%	4.141,32	

Exerc. 2005

Recebimentos	Pagamentos	Saldo Credor	Proporc. Trib.%	Base Calculo	Aliq.	ICMS Devido
A	B	C= B-A	D	E=DxC	F	G=FxE
350.459,51	380.407,06	29.947,55	66,45%	19.900,15	17%	3.383,02

Assim, restou devido o ICMS, relativo ao exercício de 2004, no valor de R\$4.141,32, bem como o valor de R\$3.383,02, relativo ao exercício de 2005. Considero parcialmente subsistente a infração 01.”

Inconformado com a Decisão proferida atinente à primeira infração, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário objetivando, no específico a reforma do Julgado (fls. 747/757).

Inicialmente, suscitou, quanto à infração 1, a nulidade da ação fiscal no tocante à auditoria de caixa, sob fundamento de que, consoante planilha de reconstituição de caixa, o autuante equivocou-se ao não considerar o saldo inicial para o exercício de 2003, ou seja, ao não adotar o saldo final do exercício de 2002, constante da DME, como saldo inicial para o exercício de 2003, o que gerou as diferenças para o exercício de 2003 e repercussões seguintes.

Baseado nessa tese, aduziu ser nula a ação fiscal, porquanto:

- ao construir o caixa da empresa, o autuante não considerou todos os elementos declarados na contabilidade e escrita fiscal do autuado, bem como nas declarações enviadas ao Fisco;
- não adotou os métodos normais de fiscalização;
- impossibilitou a plena defesa do autuado;
- não assegurou, com a certeza necessária, o cometimento de qualquer infração à legislação tributária;
- afrontou os princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, CF/88), da legalidade do ato administrativo, de que trata o art. 37, caput, c/c o art. 150, I da Carta Política de 1988, todos abarcados no próprio art. 2º do RPAF/99, e, ainda, o princípio da verdade material.

Citou e transcreveu, como suporte dos seus argumentos, o artigo 18, II e IV, “a”, do RPAF/99.

A par disso, arguiu que: “*o ilustre Auditor Fiscal, com o seu levantamento, infringiu, também, o Código Tributário Nacional, que em seu artigo 142, trata da atividade de lançar crédito tributário como uma atividade vinculada e obrigatória, e não como se efetivou a ação fiscal sub examine usando de sua bdiscricionariedade como arbitrariedade.*” Concluindo na linha de ser o víncio no lançamento uma das modalidades do abuso de poder por se apresentar como ato abusivo, ao exigir imposto fora das hipóteses elencadas na legislação tributária.

Teceu comentários sobre cerceamento de defesa e nulidades e trouxe ao feito decisões do TIT de São Paulo e do CONSEF da Bahia.

Adentrando ao mérito, alegou a mesma tese da preliminar, ou seja, de ser reconhecida a improcedência da auditoria de caixa por não ter sido efetuado nenhum levantamento específico de mercadorias, não tendo o autuante procedido e considerado todos os elementos da escrita fiscal, não havendo, então, como consubstanciar uma aquisição de disponibilidade econômica ou mesmo jurídica nos exercícios considerados.

Nesse contexto, sustentou que o Auto de Infração estaria a exigir ICMS baseado em presunção fiscal totalmente incompatível com a atividade vinculada e regrada da Administração Tributária, devendo ser reconhecida a ilegalidade do ato administrativo frente ao CTN e ao seu próprio RPAF/99, o qual, no art. 2º, abarcava todos os demais princípios do direito.

Ressaltou que a validade e eficácia do ato administrativo estariam condicionados ao embasamento em motivos reais, idôneos e existentes, enquanto, no caso versado, a exigência do tributo se baseou em fatos inexistentes, carecendo de demonstrativos e de qualquer prova da existência da alegada infração, permanecendo na área da presunção não consubstanciada, o que desautoriza a exigência do crédito tributário, pois o que não está nos autos não está no mundo jurídico.

Invocou, como suporte à sua tese, entendimento do jurista Ives Gandara da Silva Martins, e também decisões do CONSEF, que tratam do tema, “Conta Caixa, Saldo Credor”.

Requeriu o acolhimento do Recurso, visando a declaração da nulidade da ação fiscal no item indicado e, caso ultrapassado, fosse deferida a diligência, realizada por fiscal estranho ao feito, para que fosse constatada a improcedência da exigência fiscal, por ser de Direito e da mais lídima Justiça.

Ao exarar o Parecer de fls. 762/763, o ilustre representante da PGE/PROFIS opinou pelo improviso do apelo do autuado, salientando que as razões recursais não mereciam acolhimento, posto que o recorrente repisou integralmente aquelas expostas na defesa, algumas devidamente acolhidas pela Decisão de base, não havendo razão para declaração de nulidade, nem de improcedência do auto, entendendo ser a irresignação uma contestação genérica, apenas com o objetivo de procrastinar o final da esfera administrativa.

Concluiu, opinando pelo Improviso do Recurso Voluntário do autuado.

VOTO

O Recorrente, como se infere do relatório, pretende, com o manejo do Recurso, modificar o julgamento do Auto Infracional supra identificado, onde lhe é imputado o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS, resultando na exigência de R\$16.891,84, acrescido de multas, tendo a peça recursal insurgindo-se genericamente contra a ação fiscal, porém, reportando-se, de modo específico, apenas à infração 1, a qual acusa o sujeito passivo de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa.

Com efeito, a 2ª Junta de Julgamento Fiscal julgou parcialmente procedente a autuação, tendo o Recorrente, nas suas razões recursais, repetido os mesmos argumentos apresentados na impugnação, inclusive suscitando, mais uma vez, a questão prévia de nulidade da infração, atribuindo equívoco cometido pelo autuante em seu procedimento fiscal de auditoria de caixa, porquanto desconsiderou elementos essenciais na constituição do demonstrativo, principalmente o saldo inicial para o exercício de 2003, daí sendo geradas diferenças para o referido exercício e os seguintes, bem como não ter oferecido elementos necessários para que o autuado pudesse produzir a sua defesa, violando o princípio constitucional da ampla defesa.

De plano, os pleitos de nulidades não podem prosperar, na medida em que a legislação tributária estadual vigente não lhe socorre, inexistindo, no caso versado, qualquer ofensa às normas tributárias.

Vale ressaltar que a tese de nulidade por ter ocorrido equívoco na auditoria ao se reportar ao saldo inicial do exercício de 2003, conforme se constata na proceduralidade, desde a instrução do processo, na primeira instância, o autuante, na sua primeira informação fiscal de fls. 588/592, reconheceu o erro, procedendo às devidas correções, disso resultando a redução do valor apurado para a imputação.

No que tange à preambular de cerceamento do direito de defesa, de igual sorte, razão não assiste ao Recorrente, porquanto devidamente obedecido o processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias à sua defesa, os demonstrativos de fls. 548 a 553 lhe foram entregues, conforme recibo (fls. 715 e 716) e as incorreções sobre o saldo final do caixa de 2002 e inicial de 2003 foram corrigidas, consoante consigna a informação fiscal.

Portanto, encontram-se, a ação fiscal e o PAF, revestidos das formalidades legais, estando determinados, com clareza, o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza da infração apurada, portanto, inexistindo qualquer dos motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF-BA, ressaltado o aspecto de que a exigência fiscal está fundamentada em

diplomas legais vigentes, nos demonstrativos e demais documentos que fundamentam a autuação, restando inviabilizada qualquer dúvida quanto ao exercício do pleno direito de defesa.

Outrossim, com amparo no RPAF/99, art. 147, inciso II, alínea “a”, o reiterado pedido de realização de diligência não se apresenta cabível, eis que os elementos probatórios constantes nos autos revelam-se suficientes para o julgamento da lide.

Meritoriamente, o Recorrente insurgiu-se, genericamente, contra a ação fiscal e repetiu os argumentos apresentados na impugnação e nas preliminares de nulidade, inclusive suscitando a incidência de erro por parte do autuante na apuração dos valores imputados na infração, contudo, a sua repulsa apresentou-se despida de essência e consistência, porquanto desacompanhada de qualquer documento capaz de provar ter procedido corretamente no cumprimento da obrigação tributária, buscando elidir a acusação imposta.

Destarte, embora a legislação do contencioso administrativo do Estado da Bahia, RPAF/BA, no art. 123, assegure ao sujeito passivo tributário o direito de impugnar o lançamento decorrente de ação fiscal, com arrimo em provas, documentos, levantamentos e demonstrativos, que entenda necessários à comprovação das suas teses, inexiste, no bojo do Recurso interposto, qualquer elemento apto a atender a pretensão de reforma.

Inconfigurados tais aspectos, resulta a presunção de veracidade da imputação, pois a mera negativa do cometimento da infração e/ou alegações desacompanhadas de provas documentais são insuficientes para elidir a legitimidade da autuação fiscal, de acordo com o art. 143 do RPAF/BA, no particular, não conseguindo o autuado se desonerar da responsabilidade pelo pagamento do imposto.

Concludentemente, a manutenção do entendimento sufragado pela Decisão da 2^a JJF é medida que se impõe, não passível de qualquer tipo de reforma, por se encontrar em estrita consonância com os ditames legais.

E, via de consequência, o meu voto é no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 017241.0006/08-8, lavrado contra **ERIZALDO FARIAS DOS SANTOS (RUA NOVA COMERCIAL DE ALIMENTOS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$8.218,01**, acrescido das multas de 50% sobre R\$693,67 e 70% sobre R\$7.524,34, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor de **R\$7.240,70**, previstas no XII-A, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de julho de 2013.

CARLOS FABIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS - REPR. DA PGE/PROFIS