

A. I. Nº. - 269610.0062/11-7
AUTUADO - BAHIA MÓVEIS DE ITABERABA LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVEIRA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 20.10.2014

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0208-04/14

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. **2.** BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Efetuada diligência com o objetivo de deduzir dos levantamentos os valores relativos às aquisições não comprovadas. Infrações 01 e 02 parcialmente elididas. **3.** DOCUMENTOS FISCAIS. LIVROS E NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. **4.** INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. MULTAS. **a)** FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES INCORRETAS. **b)** OMISSÃO DE ENTRADAS. **5.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. **a)** OPERAÇÕES SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. **b)** OPERAÇÕES NÃO SUJEITAS À TRIBUTAÇÃO. Descumprimento de obrigações acessórias. Multas de 10% e de 1% do valor comercial das entradas não escrituradas. Infrações 03 a 07 expressamente acatadas pelo sujeito passivo. Infrações mantidas. **5.** CONTA CAIXA. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. O 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Corrigidos os erros do levantamento. Infração 08 parcialmente elidida. Rejeitada a preliminar de nulidade. Rejeitada a prejudicial de decadência. Solicitação de diligência deferida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011 para exigir ICMS e multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor histórico total de R\$ 916.426,37, sob a acusação do cometimento das seguintes irregularidades.

Infração 01 – Recolhimento a menor, na condição de empresa de pequeno porte (EPP) enquadrada no Regime SIMBAHIA. R\$ 30.656,33 e multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 03 da Lei 7.014/1996.

Infração 02 – Recolhimento a menor, em razão de erro na determinação da base de cálculo nas saídas regularmente escrituradas. R\$ 110.673,23 e multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei 7.014/1996.

Infração 03 – Falta de apresentação de documentos fiscais quando regularmente intimado. Consta que, mesmo tendo sido instado a fazê-lo, o contribuinte não entregou ao fisco os livros Registro

de Entradas, Caixa e Inventário, além de duplicatas e comprovantes de despesas. Apresentou, segundo o autuante, apenas algumas notas fiscais e impressões do Registro de Entradas, sem as formalidades extrínsecas. Multa de R\$ 2.760,00, prevista no art. 42, XX da Lei 7.014/1996.

Infração 04 – Incorreção de dados nas informações econômico-fiscais (declaração do movimento econômico de microempresa (DME)). Apuradas divergências entre a escrita de entradas e saídas e as DME. Multa de R\$ 280,00, prevista no art. 42, XVIII, “c” da Lei 7.014/1996.

Infração 05 – Entradas tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 134.572,59, prevista no art. 42, IX da Lei 7.014/1996.

Infração 06 – Entradas não tributáveis sem registro na escrita. Multa de R\$ 686,37, prevista no art. 42, XI da Lei 7.014/1996.

Infração 07 – Omissão de entradas de mercadorias em DME. Multa de R\$ 207.891,39, prevista no art. 42, XII-A da Lei 7.014/1996.

Infração 08 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldos credores de caixa. Registra o autuante que, *“pela não entrega de informações pelo contribuinte, foram estimados valores de consumo de água e de energia, folha de pagamento, retiradas dos sócios, honorários de contador, despesas gerais, como manutenção e conservação, despesas administrativas, correios, etc, e SIMPLES”*. R\$ 428.906,46 e multa de 70%, prevista no art. 42, III da Lei 7.014/1996.

O sujeito passivo ingressa com impugnação às fls. 275 a 288 e 291 a 306 (aditamento), através de advogado regularmente constituído, conforme a procuração de fl. 06.

Preliminarmente, suscita nulidade, nos termos abaixo transcritos.

“Om presente auto de infração estar revestido de diversas irregularidades que convergem para a nulidade absoluta por diversas razões, impõe infrações em duplicidade das mesmas operações em dois exercícios, ou seja, 2006 e 2007 apurando pelo sistema SIMBAHIA, SALDO DE CAIXA, ENTRADA SEM O DEVIDO REGISTRO FISCAL, ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. Para completar impõe infrações de multas por falta de apresentação de documentos fiscais as quais deveriam serem aplicadas a cada renovação das intimações, portanto intempestivas. Quanto às demais infrações o autuante deveria definir apenas uma das infrações, ou seja, a 1, 2, 3, 5, ou 8 pois trata-se da mesma operação”.

Prossegue descrevendo as acusações e discorrendo sobre o momento em que surge o dever de pagar tributo, juntamente com os princípios que regem esta espécie de receita pública.

Em seguida, assinala que no dia 16/12/2011 recebeu as quatro folhas do Auto de Infração, em cujo rodapé constava o código ID-781.735; todavia, desacompanhadas (as folhas) dos documentos entregues à fiscalização, dos demonstrativos e das relações de notas fiscais, o que cerceou o seu direito de defesa.

Diante de tal situação, peticionou ao inspetor no dia 06/01/2012 (fls. 310 e 316) e conseguiu nesta mesma data ter vista dos levantamentos e das relações de notas, sem reabertura de prazo de defesa. Por isso, diz ter direito a juntar aditamento até o dia 05/02/2012.

Reclama também do fato de o Auto ter sido lavrado no dia 30/09/2011 (mais de 90 dias após o início dos trabalhos; art. 28, § 1º, RPAF/1999), de irregularidade na lavratura do Termo de Início de Fiscalização e de não ter recebido as notas fiscais constantes dos extratos do CFAMT e do SINTEGRA, cujas operações afirma desconhecer.

Segundo alega, cumpriria ao fisco encaminhar os autos à INFIP, com vistas a uma diligência junto aos fornecedores, para comprovar as supostas transações mercantis, com cheques, conhecimentos de transporte, comprovantes de pagamento etc.

Discorre sobre princípios jurídicos (razoabilidade, proporcionalidade, moralidade etc.) e encerra pleiteando diligência / perícia, nulidade ou improcedência.

Em peça de aditamento da defesa, de fls. 320 a 324, o impugnante suscita a “*prescrição quinquenal*” das infrações 01, 02, 04, 05, 07 e 08.

Volta a apresentar os argumentos que já havia consignado anteriormente, demonstra inconformismo com o que denomina de arbitramento perpetrado na auditoria de caixa (infração 08), aduz que há exigência em duplicidade (“*autuação que absorve as demais*”) e, no que concerne à infração 03, argumenta que cada intimação não atendida deveria ter ensejado uma autuação, o que não ocorreu.

Na informação fiscal, de fl. 328, o auditor Jackson Rocha Santana (estranho ao feito) afirma que o lançamento de ofício obedeceu aos ditames legais e que o impugnante dificulta os trabalhos de auditoria, pois optou por aditar a impugnação sem levar em conta os demonstrativos juntados ao processo.

Da fl. 330 consta comunicação do inspetor fazendário, com solicitação de fornecimento à repartição fazendária, via fax, postal ou e-mail, das cópias das notas fiscais extraídas do SINTEGRA.

Consoante o documento de fl. 1.273, no dia 20/11/2012 a 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) converteu o feito em diligência, requerendo da fiscalização as medidas a seguir enumeradas.

- 1- Elaborar novos demonstrativos das infrações 01 e 02 e 04 a 07, levando em consideração apenas as aquisições efetivamente comprovadas nos autos, através de canhotos de recebimento, primeiras vias de notas, comprovantes de pagamento, conhecimentos de transporte etc., de acordo com a jurisprudência já pacificada neste Conselho (a solicitação foi referente apenas às operações extraídas do SINTEGRA, por ser pacífico neste CONSEF o entendimento de que o CFAMT comprova o internamento das mercadorias na Bahia).
- 2- Refazer a auditoria de caixa, desta feita sem a estimativa ou arbitramento, porquanto não previstos no art. 938, RICMS/1997. Foi dito que deste roteiro também só devem constar as entradas efetivamente comprovadas.

O auditor fiscal Wilson Aparecido O. Bastos apresenta informação à fl. 1.229, junto com documentos. Todavia, sem o cumprimento do quanto solicitado por este órgão de julgamento, contra o que se insurgiu o impugnante à fl. 1.312.

À fl. 1.315, o referido preposto fiscal aduz que a petição (manifestação) de fl. 1.312 não deve ser considerada, em razão do suposto caráter intempestivo da sua apresentação.

Das fls. 1.323/1.324 consta nova solicitação de diligência, elaborada por outra composição desta Junta, a qual requereu, por exemplo, que fossem refeitos os demonstrativos, computando-se notas fiscais com cópias nos autos e operações “*com provas nos autos*”, e, no que tange à infração 05, a exclusão de documentos que integram “*outras por descumprimento de obrigação principal*”.

A informação decorrente foi apresentada às fls. 1.326/1.327, com demonstrativos anexos.

O inspetor fazendário anexou comunicação à fl. 1.391, informando que o sujeito passivo recolheu as quantias atinentes às infrações 03 a 07.

De acordo com o documento de fl. 1.414, no dia 10/04/2014, com outra composição, esta 4ª JJF (Junta de Julgamento Fiscal) acompanhou o entendimento deste relator, no sentido de que os termos da segunda solicitação de diligência conferiram aos trabalhos de revisão um indesejável grau de subjetividade, com a outorga ao diligente de juízo de valor cuja responsabilidade é do julgador.

Por isso, o feito foi convertido na terceira diligência, agora para a Assessoria Técnica do Conselho (ASTEC), objetivando que fossem tomadas exclusivamente as medidas de fl. 1.273 (primeira diligência) com a desconsideração do conteúdo do documento de fls. 1.323/1.324 (segunda diligência).

Através do Parecer ASTEC nº 75/2014, de fls. 1.416 a 1.419, o auditor fiscal Edgar Ferreira Pessoa Pereira informa ter adotado as providências requeridas, do que resultou a alteração dos valores exigidos nas infrações 01 e 08, respectivamente, para R\$ 14.416,39 e R\$ 21.037,61, consoante a planilha sintética de fl. 1.418.

Já a infração 02 foi majorada para R\$ 147.005,44.

À fl. 1.429 foram apostos recibos e, à fl. 1.431, o contribuinte, suscitando nulidade, registra o seu inconformismo com o resultado da revisão da infração 02, em virtude da sobredita majoração e do fato de não terem sido computadas as quantias negativas do levantamento de fl. 1.422 (coluna “ICMS a Pagar”).

VOTO

O autuante expôs a fundamentação de fato e de direito, descreveu os ilícitos tributários, indicando os documentos e demonstrativos (devidamente entregues ao sujeito passivo), bem como seus dados e cálculos, assim como apontou o embasamento jurídico.

No que concerne à alegada duplicidade de exigência, concluo que não existiu entre as infrações 02 e 08, pois as mesmas possuem valores de origens diversas, sem coincidências entre as datas de ocorrência. Em dezembro de 2007, de fato, há lançamentos nas infrações 02 e 08, entretanto, não há “*bis in idem*”, pois naquela o procedimento tem como partida operações escrituradas, e nesta a apuração de omissões. Não existe exigência dúplice atinente às imputações 03 a 07, porquanto resultantes de descumprimento de obrigações acessórias.

Quanto às infrações 01 e 08, o raciocínio é idêntico ao das imputações 02 e 08.

A questão do transcurso do prazo de 90 (noventa) dias entre o início dos trabalhos e a lavratura do Auto de Infração não traduz vício de procedimento, apenas devolve ao fiscalizado o direito de recolher espontaneamente no período compreendido entre o termo final (do prazo de 90 dias) e a data do lançamento de ofício.

As intimações aptas a deflagrarem o início da ação fiscal foram juntadas às fls. 08/09.

Não foi constatada violação ao princípio do devido processo legal ou a quaisquer outros de direito constitucional, administrativo ou tributário, em especial os do processo administrativo fiscal (art. 2º, RPAF/1999), tendo sido observada a garantia à ampla defesa e ao contraditório, visivelmente caracterizada nos aspectos abordados na impugnação, nas três conversões do feito em diligência, nas informações fiscais e nas diversas manifestações do contribuinte.

Rejeitada a preliminar de nulidade.

Quanto à prejudicial de decadência, indiretamente ventilada, deve ser observado que o art. 150, § 4º do CTN dispõe sobre lançamento por homologação, sendo que tal atividade (de homologar) guarda relação com o recolhimento necessária e antecipadamente efetuado. Sem o pagamento anterior, não há que se falar em homologação, pois nada existe para ser homologado.

Nas hipóteses de falta de pagamento ou pagamento a menos, a contagem do instituto em comento deve ser efetuada com base no art. 173, I do referido Código.

Rejeitada a prejudicial de decadência.

É cediço que no processo judicial, em sede de execução fiscal, ocorre a prescrição intercorrente quando, uma vez iniciado o processo, não sendo encontrado o devedor ou bens penhoráveis, há desídia da Fazenda Pública em movimentar o processo, por prazo superior a cinco anos. Nesses termos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está pacificada, ementando que “*a inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente*”.

Todavia, o STJ já decidiu, e está assentada a jurisprudência no sentido de não acolher a prescrição intercorrente no processo administrativo fiscal, quando há o atraso no andamento do processo, pois *"a demora na tramitação do processo administrativo fiscal não implica a 'perempção' do direito de constituir definitivamente o crédito tributário, instituto não previsto no Código Tributário Nacional"*. E assim, entre a notificação do lançamento tributário e a solução do processo administrativo fiscal, não há qualquer prazo extintivo, nem decadencial nem prescricional (REsp nº 53467/SP, Rel. Min. Ari Pargendler, 2ª T, Data do Julgamento 05/09/1996, DJ 30/09/1996 p. 36.613. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 24 fev. 2008; REsp 822705/RS, Rel. Min. Castro Meira, 2ª T, Data do Julgamento 20/04/2006, DJ 02/05/2006 p. 297: *"(...) Antes de haver ocorrido esse fato, não existe 'dies a quo' do prazo prescricional, pois, na fase entre a notificação do lançamento e a solução do processo administrativo, não ocorrem nem a prescrição nem a decadência (art. 151, III, do CTN)"*. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>. Acesso em: 23 fev. 2008; COELHO, Sacha Calmon Navarro. Decadência e prescrição contra a Fazenda Pública, Revista de Direito Tributário. São Paulo, RT, 1979 (III) 9/10:295-303. p. 21/22).

Em busca da verdade material, o processo foi convertido em diligência 3 (três) vezes. Não há necessidade de nova conversão, pois todos os elementos aptos a formar a convicção dos componentes deste órgão estão contidos nos autos (art. 147, I, "a", RPAF/1999).

As infrações 03 a 07 foram expressamente reconhecidas pelo autuado (fls. 1.393/1.394). Assim, com fundamento no art. 140 do Decreto 7.629/1999 (RPAF/1999), as mesmas não terão o mérito apreciado neste julgamento.

Infrações 03 a 07 mantidas.

A primeira infração acusa o defendente de recolhimento a menos, na condição de empresa de pequeno porte (EPP) enquadrada no Regime SIMBAHIA.

Juntamente com o precitado Parecer da ASTEC, foram apresentados novos demonstrativos das infrações 01 e 02, levando-se em consideração apenas as aquisições efetivamente comprovadas nos autos (através de comprovantes de recebimentos, pagamentos, cheques, conhecimentos de transporte etc.).

A revisão restou sintetizada no levantamento de fl. 1.418, elaborado pelo mencionado órgão de assessoria, o qual acolho na sua integralidade.

Infração 01 parcialmente elidida, de R\$ 30.656,33 para R\$ 14.416,39.

As mesmas providências foram adotadas relativamente à infração 02, que restou majorada, em virtude de que não acato o resultado da diligência, em face da proibição de reforma para pior.

Infração 02 caracterizada.

Com relação à oitava imputação, o autuante havia calculado o crédito tributário respectivo por meio de estimativas, conforme assinalou na descrição dos fatos.

"(...) pela não entrega de informações pelo contribuinte, foram estimados valores de consumo de água e de energia, folha de pagamento, retiradas dos sócios, honorários de contador, despesas gerais, como manutenção e conservação, despesas administrativas, correios, etc, e SIMPLES".

Desse modo, em decorrência da solicitação de correção, a auditoria de caixa foi refeita (fls. 1.418 e 1.423 a 1.428), com o uso dos mesmos critérios acima referenciados no que concerne às entradas, assim como com o registro de receitas e despesas reais, e não estimadas.

O 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.

Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos.

Acolho a planilha de fl. 1.418, elaborada pela ASTEC, de maneira que o valor da infração 08 seja modificado de R\$ 428.906,46 para R\$ 21.037,61.

Em face do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, na cifra de R\$ 492.317,58, devendo ser homologados os valores recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0062/11-7**, lavrado contra **BAHIA MÓVEIS DE ITABERABA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 146.127,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 14.416,39, de 60% sobre R\$ 110.673,23, e de 70% sobre R\$ 21.037,61, previstas no art. 42, I, “b”, 03, II, “a” e III da Lei 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$ 346.190,35**, previstas no art. 42, incisos XX, XVIII, “c”, IX, XI e XII-A da Lei 7.014/1996, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei 9.837/2005, devendo ser homologadas as quantias recolhidas.

Esta Junta recorre de ofício da decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1 do RPAF/1999, aprovado pelo Decreto nº 7.629/1999, alterado pelo Decreto nº 13.537/2011, com efeitos a partir de 20/12/2011.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de outubro de 2014.

PAULO DANILO REIS LOPES – PRESIDENTE/RELATOR

JOWAN DE OLIVEIRA ARAUJO – JULGADOR

MARIA AUXILIADORA GOMES RUIZ - JULGADORA