

PROCESS - A. I. Nº 269610.0062/11-7
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - BAHIA MÓVEIS DE ITABERARBA LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 4ª JJF nº 0208-04/14
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 25/03/2015

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0057-11/15

EMENTA: ICMS. ITEM 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. ITEM 8. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. ICMS. SALDO CREDOR DE CAIXA. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS APURADA POR PRESUNÇÃO. Constatada nos autos a necessidade de realização de ajustes nos demonstrativos que instruem o lançamento de modo a restringir as exigências ao conjunto probatório do PAF. Verdade material, princípio norteador do processo administrativo fiscal que se impõe. ITENS 5 E 7. PENALIDADE FIXA. OPERAÇÕES DE ENTRADA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS. Decisão de base omissa quanto à desoneração realizada pelo fiscal autuante quando da realização de segundo procedimento de diligência. Análise da desoneração que se impõe em face do princípio da oficialidade. Supressão de instância inaplicável no caso dos autos. Análise da omissão nesta instância de julgamento não ocasiona prejuízo nem ao contribuinte nem ao Fisco. Reconhecida, de ofício, a Procedência Parcial das exigências capituladas nos itens 5 e 7 do Auto de Infração. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto pelos membros integrantes da 4ª JJF em razão da desoneração, no valor histórico de R\$ 424.108,79, que promoveram ao julgarem Parcialmente Procedente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração em epígrafe.

Segundo consta da peça acusatória o contribuinte cometeu as seguintes infrações à legislação de regência:

01 – Recolhimento a menor de ICMS, nos exercícios de 2006 e 2007, em decorrência de diferenças apuradas entre os valores efetivamente pagos e aqueles devidos no âmbito do Programa SIMBAHIA. Valor da exigência R\$ 30.656,33.

02 – Recolhimento a menor de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Valor da exigência: R\$ 110.673,23;

03 – Penalidade fixa aplicada em razão do não atendimento a três intimações para fornecimento de documentos fiscais e contábeis. Valor da exigência: R\$ 2.760,00;

04 – Penalidade fixa aplicada em decorrência da declaração incorreta de dados econômico-fiscais apresentadas através de DME. Valor de R\$ 280,00;

05 – Penalidade fixa equivalente a 10% do valor da entrada de mercadorias tributadas adquiridas sem a correspondente escrituração no Livro de Registro de Entradas. Valor da exigência: R\$ 134.572,59;

06 - Penalidade fixa equivalente a 1% do valor da entrada de mercadorias isentas ou não tributadas adquiridas sem a correspondente escrituração no Livro de Registro de Entradas. Valor da exigência: R\$ 686,37;

07 – Omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento sem o registro nas informações econômico fiscais, apurada mediante o confronto dos registros constantes do Livro de Registro de Entradas e as notas fiscais coletadas da base de dados da Secretaria (SINTEGRA/CFAMT). Valor da exigência: R\$ 207.891,39;

08 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurado por presunção mediante constatação de existência de saldo credor de caixa. Valor da exigência: R\$ 428.906,46.

Segundo consta da descrição dos fatos, diante da negativa do contribuinte de fornecimentos das informações e documentos fiscais, as bases de cálculo do imposto e das penalidades a que se referem os itens 1, 2, 5, 6, 7 e 8 foram apurados a partir dos documentos disponíveis na base de dados da Secretaria da Fazenda que inclui informações, relativas a aquisições, prestadas por fornecedores do contribuinte.

Neste contexto e diante de jurisprudência deste Conselho de Fazenda, os autos foram convertidos em diligência por três oportunidades de modo que os demonstrativos fossem refeitos levando em consideração apenas as aquisições efetivamente comprovadas nos autos, através de canhotos de recebimento, primeiras vias das notas, comprovantes de pagamento, conhecimento de transportes.

Especificamente quanto ao item 08 a determinação de diligência foi no sentido de que a auditoria de caixa fosse refeita substituindo o critério de estimativa originalmente utilizado pelos valores de entradas e saídas efetivamente comprovados por documentos acostados aos autos.

Os dois primeiros procedimentos foram realizados pela Inspeção de origem (fls. 1276 e 1326), restando o demonstrativo de débito assim apresentado sinteticamente:

Infração	Vlr. Lançado	1ª Diligência (Fls. 1276)	1ª Diligência (Fls. 1325)
01	30.656,33	17.374,97	26.834,67
02	110.673,23	110.673,23	110.673,23
03	2.760,00	2.760,00	2.760,00
04	280,00	280,00	280,00
05	134.572,59	134.572,59	59.960,42
06	686,37	686,37	686,37
07	207.891,39	142.272,24	183.802,07
08	428.906,46	108.808,65	273.226,56
Total	916.426,37	517.428,05	658.223,32

Em 28/11/2013, utilizando os benefícios de redução instituídos pela Lei nº 12.903/2013, o sujeito passivo procedeu ao recolhimento integral das infrações 3, 4 e 6 e os saldos remanescentes das infrações 5 e 7, reconhecendo parcialmente, porquanto, estas últimas exigências.

O último procedimento de diligência foi realizado pela ASTEC em 18/07/2014 (fls. 1416 a 1429).

Embora o despacho que determinou a diligência tenha abrangido as infrações 1, 2, 5, 6, 7 e 8, só foram objeto de saneamento os demonstrativos relativos aos itens 1, 2 e 8. Segundo consta do respectivo relatório, tal conduta decorreu da constatação do reconhecimento da procedência e consequente recolhimento pelo contribuinte das exigências consubstanciadas nos itens 3 a 7.

Realizada a diligência pela Assessoria Técnica, os débitos relativos aos itens 1, 2 e 8 ficaram assim apresentados:

Infração	Vlr. Lançado	1ª Diligência ASTEC
01	30.656,33	14.416,39
02	110.673,23	147.005,44
03	2.760,00	0,00
04	280,00	0,00
05	134.572,59	0,00
06	686,37	0,00
07	207.891,39	0,00
08	428.906,46	21.037,61
Total	916.426,37	182.459,44

A Junta apreciou a lide na sessão de 13/10/2014 (fls. 1435 a 1440), tendo decidido à unanimidade pela Procedência Parcial do Auto de Infração. É o que se depreende da análise do voto condutor do Acórdão, abaixo reproduzido:

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.

Em virtude de a desoneração do contribuinte ter ultrapassado o limite estabelecido no art. 169, I, “a” do RPAF/1999, o órgão julgador de 1ª Instância recorreu de ofício da própria Decisão.

VOTO

Conforme relatado, os autos foram submetidos à apreciação desta CJF em decorrência da interposição de Recurso de Ofício por parte dos membros integrantes da 4ª JJF que, ao acatarem os termos do parecer ASTEC de fl. 418, promoveram a desoneração parcial das exigências consubstanciadas nos item 1 e 8 do Auto de Infração, reduzindo os valores originalmente lançados de R\$ 30.656,33 para R\$ 14.416,39 e de R\$ 428.906,46 para R\$ 21.037,61, respectivamente.

O valor correspondente à infração descrita no item 2 do Auto de Infração foi mantido em razão de o resultado da diligência realizada pela ASTEC ter evidenciado uma majoração no lançamento original.

Entendo não merecer reforma a Decisão de base.

Com efeito, os ajustes promovidos pela ASTEC se tornaram necessários, a fim de adequar a acusação aos elementos de prova efetivamente carreados aos autos pelo preposto fiscal, vale dizer, com o objetivo de conferir a imprescindível certeza ao crédito tributário lançado de ofício, diante do que, reputo irretocável a Decisão recorrida quanto a este particular.

Noutro giro, verifico que os membros integrantes da 4ª JJF tendo constatado que o sujeito passivo reconheceu e recolheu os valores relativos às infrações capituladas nos itens 3 a 7 do Auto de Infração, reputaram-nas procedentes. É o que se depreende da análise do trecho do acórdão, abaixo reproduzido:

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. Grifos meus

De fato, correta a decisão que, diante do reconhecimento da infração por parte do contribuinte, deixa de apreciar as razões de defesa e julga procedente a exigência.

No presente caso, contudo, verifico que o órgão julgador *a quo* deixou de observar a necessidade de apreciação do mérito relativamente às infrações 5 e 7. Isto porque, o recolhimento efetuado

pelo Recorrente (DAE de fl. 395), no que tange a tais exigências, tomou por base os novos valores de débitos consignados no relatório de diligência de fl. 1.325 (Infração 5 R\$ 59.960,42 e infração 7 R\$ 183.802,07).

A redução dos referidos valores foi ocasionada por revisão realizada pelo próprio fiscal autuante na terceira oportunidade em que se manifestou a respeito das razões de defesa apresentadas pelo sujeito passivo e em obediência ao quanto determinado pelo relator de Primeira Instância, desoneração esta que deveria, necessariamente, ser objeto de apreciação pela 4ª JF.

Diante de tal realidade, **considerando** que da análise do relatório de fl. 1.325 se constata a adequação dos ajustes promovidos pelo auditor fiscal autuante; **considerando** que esta avaliação não importa qualquer prejuízo ao contribuinte que já recolheu o quanto apurado, nem mesmo ao Estado, na medida em que foi ele próprio quem promoveu a desoneração; **considerando**, ademais, que na condução do Processo Administrativo Fiscal é dever do órgão julgador observar, dentre outros, o princípio da oficialidade, aprecio, de ofício, os novos demonstrativos, relativos às infrações 5 e 7, acostados ao relatório de diligência de fl. 1.325, convalidando-os em todos os seus termos.

Ante ao tudo o quanto até aqui exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto e, de ofício, reduzo às infrações 5 e 7, conforme a diligência proferida de fl. 1325, sendo que os valores remanescentes do presente PAF ficam assim demonstrados:

Infração	Vlr. Lançado	Vlr. Elidido	Vlr. Remanescente	Multa
01	30.656,33	16.239,94	14.416,39	50%
02	110.673,23	0,00	110.673,23	60%
03	2.760,00	0,00	2.760,00	-----
04	280,00	0,00	280,00	-----
05	134.572,59	74.651,75	59.920,84	-----
06	686,37	0,00	686,37	-----
07	207.891,39	24.089,32	183.802,07	-----
08	428.906,46	407.868,85	21.037,61	70%
Total	916.426,37	522.849,86	393.576,51	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, de ofício, reduzir as infrações 5 e 7, para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0062/11-7**, lavrado contra **BAHIA MÓVEIS DE ITABERABA LTDA.**, devendo ser intimado recorrente para efetuar o pagamento o pagamento do imposto no valor total de **R\$146.127,23**, acrescido das multas de 50% sobre R\$14.416,39, 60% sobre R\$110.673,23 e 70% sobre R\$21.037,61, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3, II, “a” e III, da Lei nº 7.014/1996, e dos acréscimos legais, além das penalidades por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$247.449,28**, previstas nos incisos XX, XVIII, “c”, IX, XI e XII-A, do mesmo diploma legal citado, com os acréscimos moratórios estabelecidos na Lei nº 9.837/2005, devendo ser homologadas as quantias recolhidas.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

ROSANY NUNES DE MELLO NASCIMENTO – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS