

PROCESSO - A.I. Nº 206969.0052/00-4
RECORRENTE - BOMTRIL MATERIAIS HIDRÁULICOS E DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0966/01
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 12.03.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0041-11/03

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO EM DUPLICIDADE. 2. LIVROS FISCAIS. FALTA DE AUTENTICAÇÃO. MULTA. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. NOTA FISCAL COM DESTAQUE DO IMPOSTO. A legislação veda tal procedimento para as empresas que exerçam atividade comercial, por possibilitar ao destinatário da mercadoria a utilização como crédito fiscal. 4. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A constatação de suprimentos ao caixa de origem não comprovada, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infrações caracterizadas no tocante aos itens de 1 a 3 e parcialmente no que diz respeito ao item 4. Rejeitados os pedidos de nulidade e de diligência. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/11/2000, exige ICMS no valor de R\$28.455,08, além da multa de 1 UPF-BA., em razão das seguintes irregularidades:

1. utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referente a lançamento em duplicidade de documento fiscal;
2. utilização de livros fiscais sem autenticação, pelo que foi cobrada a multa de 1 UPF-BA.;
3. deixou de recolher ICMS no prazo regulamentar, correspondente a imposto destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito. É que o contribuinte foi enquadrado como EPP em maio/99, tendo continuado a usar os talonários de notas fiscais modelo 1 sem colocar carimbo informando a sua nova condição e que o documento não gera crédito do ICMS;
4. omitiu saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de suprimento de caixa de origem não comprovada.

O autuado em sua peça defensiva de fls. 322 a 338 dos autos impugnou o lançamento fiscal, contestando, preliminarmente, os percentuais da penalidade pelo suposto inadimplemento da obrigação tributária, que montam índices de até 100% sobre o valor do imposto, o que se constitui em confisco tributário ou agiotagem tributária. Alega que a pena no direito tributário tem o escopo de inibir a prática do ilícito fiscal e reparar o prejuízo sofrido pelo erário público com o

descumprimento da norma apontada como infringida. Em apoio ao alegado, transcreve o teor do art. 112 e seu inciso IV, da Lei nº 5172/66 (CTN), bem como entendimento de autores nacionais e de Ementas do STF sobre o assunto.

Quanto ao mérito, reconhece como devido as infrações 1 e 2 e junta o DAE de pagamento. Sobre as infrações 3 e 4 se insurgiu contra o lançamento fiscal com os seguintes argumentos:

Infração 3 – diz ser totalmente descabida, em razão da empresa destacar o ICMS em algumas notas fiscais referente a mercadorias tributadas. Tal fato não confere a autuante poderes para presumir que o referido imposto teve o seu crédito aproveitado pelos adquirentes, além do que a infração estaria sendo cometida pela empresa que se apropriou do crédito e não da defendente. Sustenta que a acusação não tem procedência alguma, eis que as empresas adquirentes, como se vê das notas fiscais apensas, adquiriram as mercadorias para consumo e não para revenda. Como exemplo cita Hospitais, as empresas Cargil, EMBASA e EMBRATEL, etc., cujo ramo de atividade não comporta aproveitamento de crédito de materiais de construção. Transcreve às fls. 333 e 334 os pressupostos do Auto de Infração, sem indicar a fonte de onde foi obtido e diz que a autuante está cobrando um crédito tributário sem fato gerador e sem qualquer prejuízo para o Fisco, o qual se denomina enriquecimento sem causa.

Infração 4 – Ressalta, de início, que a constatação de saldo credor de caixa não é fato gerador de ICMS, pelos seguintes motivos:

1. que o levantamento elaborado pela autuante, com o devido respeito, não merece prosperar como indicativo de estouro de caixa. É que no Demonstrativo de Auditoria das Disponibilidades II – Anexo 1, a autuante reconhece ter cometido erro, o qual compromete todo seu levantamento, eis que, a partir daí, perde a credibilidade como peça acusatória. Aduz que no levantamento inicial, a autuante estampa um total de pagamentos no montante de R\$716.703,16, enquanto no segundo levantamento, arrefece e diminui para R\$679.378,14. Diz que por tal fato a nulidade se impõe, não só pelo erro no levantamento e principalmente porque a auditora, apesar de constatar o erro, não mudou o valor do Auto de Infração referente a esse item;
2. que o demonstrativo ou demonstrativos elaborados não apontam o saldo anterior de caixa, já que a empresa não iniciou o ano sem um resultado de caixa (saldo negativo, zero ou positivo), cuja omissão também fulmina de nulidade os referidos demonstrativos;
3. que a suposta constatação de estouro de caixa como fato gerador do ICMS, poderia até levar o fisco a aprofundar suas investigações visando encontrar diferença nos estoques de mercadorias, eis que tal fato é indicativo de vendas de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Frisa não ser admissível e tolerado conclusões apressadas, com base em levantamentos equivocados, para impor à Defendente a cobrança de ICMS com base em fato gerador inexistente. Ressalta que a composição dos levantamentos elaborados pela autuante tinha que vir acompanhada do levantamento de estoques da Defendente, em confronto com os levantamentos contábeis, para daí se concluir pela venda de mercadorias desacobertas de notas fiscais. Transcreve às fls 337 e 338 lição do Autor Samuel Monteiro, acerca do Passivo Fictício e Estouro de Caixa perante o ICMS e IPI.

Requer, ao final, que o Auto de Infração seja julgado totalmente improcedente, por conter vícios insanáveis, consistentes em acusações sem fato gerador do ICMS, à exceção dos itens reconhecidos e pagos conforme guia apensa.

A autuante ao prestar a sua informação fiscal de fls. 591 a 597 dos autos assim se manifestou:

1. sobre a contestação da defendente dos percentuais de multa cobrados que montam índices de até 100%, informa que as penalidades aplicadas são rigorosamente as previstas na

- legislação pertinente e devidamente citada no Auto de Infração, não sendo da sua competência questionar a Legislação Estadual;
2. com referência ao mérito, a defendente reconhece como devido as infrações 1 e 2 e efetua o pagamento do débito correspondente, pelo que solicita a sua homologação;
 3. quanto à infração 3, transcreve à fl. 592 a referida infração e os argumentos defensivos. Sustenta que o procedimento do autuado propiciou aos adquirentes das mercadorias a utilização do crédito de ICMS, sem que para tanto houvesse o recolhimento pelo contribuinte, já que a forma de apuração do imposto é sobre o faturamento da empresa. Sobre a juntada das cópias das notas fiscais às fls. 423 a 589 e constantes do Anexo I do Auto de Infração, as mesmas comprovam o acerto do levantamento fiscal, já que são destinadas a contribuintes do ICMS. Acerca do pedido de diligência do autuado junto às empresas destinatárias das mercadorias, para verificar se o imposto destacado indevidamente nas notas fiscais foi utilizado como crédito, entende ser desnecessário tal pleito. É que a lei é bem clara, ao estabelecer que “é VEDADO” o destaque do ICMS nos documentos fiscais emitidos por microempresas e empresas de pequeno porte – EPP que exerçam atividade comercial, e, se o ICMS foi indevidamente destacado, o mesmo deve ser pago por quem cometeu a infração, no caso o autuado;
 4. com relação à infração 4, transcreve, inicialmente, às fls. 593 e 594 os argumentos defensivos do autuado. Em seguida, esclarece que o contribuinte foi intimado a apresentar os livros da contabilidade (Diário, Razão e Caixa), os quais não foram apresentados sob a alegação de que os mesmos não foram escriturados no período fiscalizado, além do que não era obrigação da empresa exibí-los à Fazenda Estadual. Quanto ao Livro de Registro de Inventário, a legislação do SIMBAHIA desobrigava o contribuinte da sua escrituração relativo ao exercício de 1999. Aduz que como o autuado não apresentou os Livros Contábeis e o Registro de Inventário, a mesma ficou impossibilitada de efetuar o levantamento de estoques, porque o contribuinte não forneceu o seu estoque final, não restando outra alternativa senão a de fazer o “caixa” da empresa com base nos documentos apresentados. Sobre a nulidade do Auto de Infração alegado na defesa, pelo fato dos levantamentos realizados não apresentarem saldo anterior de caixa, diz que é um absurdo. É que a autuante utilizou-se de informações prestadas pela empresa à Receita Federal nas Declarações anuais simplificadas relativas aos anos-calendários de 1998 e 1999 (fls. 62 e 63), onde constam como saldo final de caixa e bancos igual a zero. Acerca da correção do levantamento sem alterar os valores do Auto de Infração, esclarece que efetuou tal correção, em razão do contador da empresa haver encontrado diferenças entre os valores apresentados no demonstrativo Auditoria das Disponibilidades – II - Anexo I (fl. 19), na coluna relativa a “tributos e contribuições” e após contato pessoal com o mesmo, foi informada de que a empresa pretendia efetuar o parcelamento do débito do Auto de Infração. Frisa que ao conferir os documentos anexados ao PAF, constatou um equívoco decorrente do uso de um extrato de pagamento de ICMS de outra empresa de um dos sócios, fato que motivou a correção dos valores, cujo levantamento com o valor correto da base de cálculo do ICMS foi fornecido ao contador. Ressalta que não mudou o valor do Auto de Infração, em razão do mesmo ter sido registrado em 01/12/2000 e a constatação do erro ocorreu no dia 05/12/2000, fato que é vedado pela legislação do ICMS. À fl. 595, a Auditora Fiscal elaborou uma planilha com os valores do ICMS corretos no importe de R\$17.390,67, além de esclarecer que anexou a sua informação os demonstrativos alterados com o recibo firmado pelo contador do autuado em 05/12/2000, os quais correspondem às fls. 16 e 19 do PAF. Quanto à alegação do autuado de que estouro de caixa não é fato gerador do ICMS e como respaldo cita “lição” de Samuel Monteiro, informa que a empresa por ser de pequeno porte, não possui escrita fiscal e contábil relativa ao período fiscalizado, fato que pode ser comprovado pela

intimação para apresentação de livros e documentos e os termos de arrecadação anexos (fls. 44 a 49). Por tal motivo, o único roteiro de fiscalização possível de ser realizado foi a Auditoria de Caixa com base nos documentos fornecidos pelo autuado (Declaração anual simplificada (fls. 62 e 63), DARF (fls. 64 a 66), extrato de pagamento do ICMS-SEFAZ (fls. 68 e 69-A), DAE's de pagamento ICMS (fls. 70 a 76), folha de pagamento de empregados, aviso prévio, férias e rescisão contratual (fls. 77 a 98), recibos Pro-Labore (fls. 99 a 106), contas de energia e comunicação (fls. 107 a 130), cópias dos Livros de Entrada e saídas relativo ao período de janeiro a abril – quando era do cadastro normal (fls. 131 a 217). No tocante as saídas, as mesmas podem ser comprovadas através dos valores informados pelo contribuinte nos DAE's de pagamento do ICMS-SIMBAHIA (cód. nº 1844) e na Declaração anual simplificada apresentada à Receita Federal – ano calendário 1999 (fl. 63). Frisa que o suprimimento de caixa de origem não comprovada é base de cálculo do ICMS de acordo com a legislação, já que o autuado exerce estritamente atividade comercial, cuja receita é proveniente de vendas de mercadorias

Ao finalizar, mantém integralmente a autuação relativa às infrações 1, 2 e 3 e quanto à infração 4, retifica o seu valor de R\$22.957,66 para R\$17.390,67 e espera que o Auto de Infração seja julgado parcialmente procedente.

Por ter a autuante haver retificado o valor da infração 4 e ter anexado os demonstrativos de fls. 595 a 599 dos autos quando prestou a sua informação fiscal, o CONSEF encaminhou o PAF a INFAZ-Ilhéus, para dar ciência ao autuado, o que foi cumprido conforme intimação e AR às fls. 601 e 602, no entanto, não se pronunciou a respeito.

A 4ª JJF do CONSEF, após analisar as peças processuais, fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Inicialmente, acerca da contestação do autuado de que os percentuais de multa cobrados que montam índices de até 100% do valor do imposto, os quais denominou de confisco tributário ou agiotagem tributária considero impertinente. As multas por infração indicadas no presente lançamento fiscal nos percentuais de 60% e 70%, estão previstas no art. 42, da Lei nº 7014/96.

No tocante a alegação de nulidade da ação fiscal pelo autuado em relação à infração 4, pelo fato da autuante não ter alterado o valor do Auto de Infração quando constatou que incorreu em erro em seus levantamentos, deixo de acatá-la. É que o § 1º do art. 18, do RPAF/99, estabelece que as eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarreta a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se-lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo. Como o autuado foi notificado pela INFAZ-Ilhéus através da intimação e AR às fls. 601 e 602, para tomar ciência da informação fiscal de fls. 591 a 599 conforme cópias anexas e não se manifestou a respeito, entendo ter acatado tacitamente a correção efetuada, motivo pelo qual rejeito a nulidade suscitada.

No mérito, após a análise das peças que compõem o PAF, constata-se que o autuado em sua defesa reconheceu as infrações 1 e 2, o que comprova o acerto da ação fiscal, pelo que mantenho a autuação.

Quanto à infração 3, que diz respeito a falta de recolhimento do imposto no prazo regulamentar, destacado em notas fiscais relativas a operações não tributadas, possibilitando ao adquirente a utilização do crédito fiscal nelas consignadas, as razões defensivas não merecem acolhidas, pelos seguintes motivos:

I– inicialmente não acato o pedido de diligência formulado pelo autuado, em que solicita que preposto fiscal estranho ao feito verifique se os destinatários se apropriaram dos créditos destacados nas notas fiscais. Entendo que tal verificação deveria ter sido feita pelo autuado, fazendo a juntada aos autos da documentação pertinente objetivando elidir a autuação, já que foi ele que descumpriu a legislação e não pela fiscalização do Estado;

II – sobre a alegação do autuado de que os destinatários das mercadorias, a exemplo das empresas Cargill, EMBASA, EMBRATEL, etc., não utilizaram os créditos fiscais, em razão de tratar-se de materiais de consumo e não de revenda, tal alegação não elide a autuação, porque desacompanhadas de qualquer prova, principalmente, por serem os destinatários contribuintes do ICMS;

III – ademais, considerando que o contribuinte é optante do SIMBAHIA, que é um benefício concedido pelo Estado da Bahia, a legislação que rege a matéria deve ser interpretada literalmente. Desse modo, tendo em vista que o RICMS/97, em seu art. 408-D veda o destaque do ICMS nas operações de saídas pelas empresas inscritas no referido regime, considero correta a exigência fiscal;

Acerca da infração 4, que diz respeito a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, a exemplo da anterior, razão não assiste ao autuado. De acordo com o disposto no § 4º, do art 4º, da Lei nº 7014/96, além de outras hipóteses, o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa e de suprimentos a caixa não comprovados, autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. Como o autuado em sua defesa, não apresentou qualquer levantamento para contraditar com os elaborados pela autuante, se limitando a alegar que não foi computado o saldo inicial de caixa, sem, contudo anexar qualquer prova de sua existência, entendo correta a ação fiscal.

Entretanto, como houve equívoco da autuante no seu levantamento inicial, fato somente constatado após o registro do Auto de Infração, o que motivou a retificação do valor originalmente cobrado no importe de R\$22.957,66 para R\$17.390,67 conforme demonstrado à fl. 595. Desse modo, acato o novo valor apurado pela autuante como o efetivamente devido, até porque não foi contestado pelo autuado quanto regularmente intimado a ter ciência do mesmo.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$22.888,09, além da multa de 1 UPF-BA.

A autuada inconformada com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0966/01.

Após comentar a Decisão Recorrida, emite Juízo de valor totalmente equivocado a respeito do CONSEF, o qual, merece inclusive uma repreensão ou talvez uma representação a OAB por parte deste colegiado.

A seguir transcreve o inciso II do artigo nº 155 da Constituição Federal, para discernir sobre o fato gerador do ICMS e apresentação de saídas de mercadorias. Afirma que é um absurdo intolerável a lei presumir a existência de um fato para tributar o contribuinte. O fato gerador do ICMS tem que ser certo e determinado, nos exatos termos estampados nos dispositivos constitucionais.

A Lei nº 7.014/96, no tocante ao fato gerador presumido e a penalidade extorsiva, afronta o artigo nº 155, II e o 5º da Constituição Federal.

Comenta e discorda da vedação que tem o CONSEF para apreciar matéria que verse sobre afronta ao dispositivo constitucional.

Lembra a perícia requerida na sua defesa e que foi indeferida pela 4ª JF do CONSEF.

Argúi não ser o SIMBAHIA um benefício concedido pelo Estado da Bahia as micros e pequenas empresas, mas sim uma regulamentação do artigo nº 179 da Constituição Federal.

Requer o Provimento do Recurso para que seja acolhida “*in totum*”, esta petição recursal.

A PROFAZ analisa o Recurso, opina que sejam riscadas dos autos as ofensas dirigidas ao CONSEF, e afirma que o recorrente não traz na peça recursal razões para que possa ser alterado o julgado, e conclui para que seja IMPROVIDO o Recurso Voluntário.

VOTO

Neste Recurso Voluntário concordo integralmente com o Parecer PROFAZ exarado as fls. nºs 634 e 635 dos Autos.

A recorrente apresenta na sua petição recursal impropérios inteiramente equivocados e descabidos a respeito do CONSEF, e não apresenta qualquer argumento ou fundamento que possa ser apreciado para alterar o julgamento recorrido.

Comenta sobre fato gerador, presunção legal, inconstitucionalidade, e o SIMBAHIA, porém nada de objetivo em relação às infrações fiscais que lhes foram imputadas pelo Auto de Infração.

Por não vislumbrar no Recurso fato ou fundamento capaz de alterar o julgado, concordo com a PROFAZ e voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 EM PARTE** o Auto de Infração nº 2069690052/00-4, lavrado contra **BOMTRIL MATERIAIS HIDRÁULICOS E DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$22.888,09**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$5.497,42 e de 70% sobre R\$17.390,67, previstas no art. 42, II, “c”, VII, “a” e III, respectivamente, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa de **1 UPF-BA.**, prevista no inciso XXII, do mesmo artigo e lei antes citados, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFAZ