

PROCESSO - A. I. Nº 298237.1001/02-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e EXPRESSO BRASILEIRO LTDA.
RECORRIDOS - EXPRESSO BRASILEIRO LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JF nº 0159-04/04
ORIGEM - INFAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 16/09/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0215-12/04

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. 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. Modificada a Decisão. Efetuada correção no cálculo do imposto, com a aplicação de alíquota de 7%, nos termos do art. 505-A do RICMS. Recurso de Ofício **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recusos Voluntário e de Ofício, interpostos contra Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 31/10/2002, exige ICMS no valor de R\$507.179,68, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta Caixa.

O autuado impugnou o lançamento fiscal, apresentando os seguintes argumentos para refutar a exigência fiscal, alegando que a presunção, por não produzir certeza por si só, está a depender de outros elementos que lhe confirmam validade, razão pela qual a intimação ao contribuinte para que se possa elidir tal presunção, não é facultativa, mas sim condição obrigatória, posto que somente quando não elidida, é “*que poder-se-á pretender a validade da presunção*”. Indaga em que momento deverá o contribuinte comprovar a improcedência da presunção, se após a ação fiscal, quando devidamente intimado, ou após a autuação, pela via da defesa administrativa? Sustenta que o texto legal determina que somente será considerada tal presunção, se o contribuinte não demonstrar a origem dos recursos, oportunidade em que citou entendimento de tributarista sob o tema presunção. Diz que em nenhum momento o autuante dignou-se a intimar a empresa para que comprovasse a improcedência de tal presunção. Alega que se a apresentação de prova tivesse sido deferida a empresa, a imputação de débito tributário em valores irrealis teria sido evitada, uma vez que os valores levantados pelo autuante distanciam absolutamente da realidade, já que decorreram de equívocos na Auditoria das Disponibilidades. Procura demonstrar equívocos por parte do autuante na elaboração dos demonstrativos

Transcreve Decisões do CONSEF, através das quais foram julgados improcedentes Autos de Infração lavrados em decorrência de saldo credor de caixa.

Argumenta ainda que o autuante na apuração do suposto saldo credor de caixa fez a exclusão das receitas de vendas não tributadas, aplicando sobre o valor remanescente a alíquota de 17%, não atentando para o fato da empresa ter firmado Termo de Acordo e Compromisso com a Secretaria

da Fazenda para o cálculo do montante do ICMS a ser recolhido, aplica-se a alíquota de 7% sobre a receita tributada, conforme dispõe o art. 505-A, do RICMS.

Afirma que nos levantamentos realizados pelo seu departamento contábil, verificou-se a existência nos meses de junho, julho e dezembro/2000 e nos meses de janeiro, março e agosto/2001, de saldos credores de caixa, cujo ICMS correspondente importou em R\$12.824,67, valor que reconhece e que foi objeto de recolhimento por parte da empresa.

Ao finalizar, requer a improcedência da autuação, relativamente às parcelas impugnadas.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 714 a 716 dos autos fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas, bem como transcreveu os arts. 2º, seu parágrafo 2º e seu inciso I, 60, I e 936, do RICMS/97.

Em seguida, aduziu que, ao contrário do alegado pela defesa, o levantamento foi feito com base nos livros Diário e Caixa, na declaração de imposto de renda e nas notas fiscais de entrada, onde constam dados como forma de pagamento (à vista ou a prazo) e as datas dos respectivos pagamentos, quando a prazo. Transcreve o teor do art. 123, do RPAF/99.

Contesta a alegada falta de intimações, pois o autuado tomou conhecimento da fiscalização, bem como da autuação, através da ciência do Auto de Infração à fl. 2, tanto que apresentou a sua impugnação ao lançamento exercendo o seu direito de defesa. Tece considerações sobre a apuração do débito.

No tocante a cláusula primeira do Termo de Acordo firmado pela SEFAZ e o autuado, em que foi estipulado que “nas prestações de serviço de transporte de passageiros fica autorizado o ACORDANTE a utilizar crédito fiscal presumido adicional no valor equivalente a 38,825%, conforme previsto no Decreto nº 7.425, de agosto de 1998, de forma que a carga tributária resulte em (sete por cento)”, esclarece que a base de cálculo não foi apurada pela acordante e sim através de uma ação fiscal, onde ficou comprovada omissão de receitas, razão pela qual, salvo melhor juízo, deve ser aplicada à alíquota de 17%.

Diante das divergências entre os levantamentos elaborados pelo autuante e pela defesa, foi proposta pelo relator e aceita pela 4ª JF, a sua conversão em diligência a ASTEC, para que auditor fiscal a ser designado, *in loco*, efetuasse as verificações fiscais, no sentido de esclarecer que tem razão, se o autuado ou se o autuante.

Foi também solicitado, caso houvesse alteração no valor do imposto, que fossem elaborados novos demonstrativos, bem como dado vistas ao autuado e autuante, para sobre eles se manifestar, querendo.

Foi juntada ao PAF às fls. 724 a 725, uma petição do autuado, através da qual informa que quando da apresentação da defesa, foi reconhecida parcialmente os débitos relativos aos meses de junho, julho e dezembro/2000 e dos meses de janeiro, março e agosto/2001, no valor total de R\$12.824,67, quando o valor correto é de R\$20.332,82.

Salienta que diante da constatação acima, a empresa procurou a INFAZ-Eunápolis, no sentido de calcular o valor dos acréscimos moratórios e da multa, cujo imposto foi devidamente recolhido, conforme DAE anexo.

Cumprida a diligência de fls. 728 a 736, o auditor incumbido de sua realização, com base nos elementos do PAF, sem fazer a verificação *in loco*, conforme solicitado pelo relator, concluiu ser devido o imposto no valor de R\$678.258,97, valor que é superior ao exigido no presente lançamento.

Instado pela INFAZ-Eunápolis para se manifestar sobre a diligência da ASTEC, o autuado em pronunciamento às fls. 748 a 757, discordou da conclusão do diligente, tendo solicitado nova diligência, para apresentação de Parecer que corresponda à realidade dos fatos.

O PAF foi submetido à pauta suplementar pelo relator do processo, tendo os componentes desta 4ª JF decidido convertê-lo em diligência a ASTEC, para que fosse atendido o solicitado à fl. 763.

A auditora fiscal designada pela ASTEC, através do Parecer nº 0195/03, inicialmente, transcreveu o que foi solicitado pelo relator, bem como informou que pelo fato de desconhecer o método de trabalho utilizado pelo diligente anterior, decidiu realizar uma nova diligência no estabelecimento autuado.

A auditora elaborou a fl. 770, uma planilha com os valores dos saldos credores de caixa e outra, com os valores do imposto devido, cujo imposto foi calculado nas alíquotas de 17% e 7% respectivamente, para que o relator decida qual é a que deve ser aplicada na autuação.

Em nova intervenção às fls. 886 a 892, o autuado questionou a não inclusão pela diligente da ASTEC de um efetivo ingresso de recursos no valor de R\$500.000,00, relativo a um contrato de Leasing Back realizado junto ao Banco Safra, oportunidade em que fez a juntada à fl. 293 de um extrato bancário, além de outros documentos, para comprovar a realização da operação.

Face à diligência da ASTEC, o autuante em nova informação fiscal às fls. 905 a 907, discordou da sua conclusão.

Tendo em vista a não concordância do autuado, bem como do autuante em relação à conclusão da diligente da ASTEC, o PAF mais uma vez, por Decisão desta 4ª JF, foi convertido em diligência, para que a auditora subscritora do Parecer de fls. 765/770, se pronunciasse a respeito das referidas manifestações.

Em cumprimento ao solicitado acima, a auditora através do Parecer ASTEC nº 0008/2004, acatou as alegações defensivas, bem como rebateu os argumentos do autuante em sua informação fiscal, oportunidade que elaborou à fl. 917 uma planilha com os novos valores dos saldos credores de caixa e de outra, com os valores do imposto devido, o qual foi calculado com a utilização das alíquotas de 17% e 7%, respectivamente, para a devida apreciação do relator do PAF.

A INFAZ-Eunápolis, através do documento de fls. 953, entregou cópia do Parecer ASTEC de nº 0008/2004, tanto ao autuado como ao autuante, não entanto, não se manifestaram a respeito.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto:

“Inicialmente, acerca da alegação do autuado, de que o autuante não intimou a empresa antes da lavratura do Auto de Infração, no sentido de comprovar a improcedência da presunção, considero sem nenhum fundamento. É que consoante o disposto no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7014/96, fica ressalvada ao contribuinte apenas a prova da improcedência da presunção, quando a escrituração indicar saldo credor de caixa, além de outras ocorrências.

Adentrando no mérito da autuação e após analisar as peças que compõem o PAF, constato razão assistir parcialmente ao autuado, uma vez que a diligência da ASTEC, em seu Parecer de nº 0008/2004 (fls. 913 a 917), com a qual concordo, acatou os argumentos defensivos, oportunidade em que elaborou à fl. 919 um demonstrativo, onde apontou os valores dos saldos credores de caixa remanescentes.

Ressalto que os valores apontados pela diligente não foram objeto de questionamento pelo autuado, bem como pelo autuante, após receberem cópia do Parecer acima, conforme

documento à fl. 953, razão pela qual entendo que os mesmos refletem a real situação do caixa da empresa nos exercícios fiscalizados.

Quanto ao pleito do autuado, para que seja aplicada a alíquota de 7% sobre a omissão de receita, pelo fato de ter celebrado Termo de Acordo e Compromisso (ver fls. 710 e 711) com a Secretaria da Fazenda, não posso acatá-lo, tendo em vista que o referido benefício somente se aplica às operações de prestação de serviços de transportes de passageiros regularmente escrituradas, enquanto na presente autuação foi exigido imposto em decorrência de omissão de receitas, apurado através de saldo credor na conta caixa.

De acordo com o disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7014/96, o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos não comprovados, além de outras ocorrências, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto.

Ante o exposto, entendo parcialmente comprovada a infração e voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$89.214,06, conforme demonstrado abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO							
INFR.	CÓD. DO DÉBITO	DATA DO VENCIMENTO	BASE DE CÁLCULO	ALÍQ. (%)	MULTA		VALOR DO DÉBITO (REAIS)
					UPF	%	
1	10	09/08/2000	87.260,12	17%		70	14.834,22
1	10	09/09/2000	48.763,06	17%		70	8.289,72
1	10	09/11/2000	53.278,53	17%		70	9.057,35
1	10	09/12/2000	83.785,00	17%		70	14.243,45
1	10	09/01/2001	152.904,41	17%		70	25.993,75
1	10	09/02/2001	88.328,82	17%		70	15.015,90
1	10	09/04/2001	10.468,65	17%		70	1.779,67
VALOR TOTAL DO DÉBITO							89.214,06

A JF recorreu de Ofício da Decisão prolatada, e o contribuinte apresentou Recurso Voluntário, requerendo inicialmente, que, tendo recolhido a parte do débito que reconheceu, seja abatida essa parcela do valor apurado, com a devida homologação. Repete os argumentos expendidos na defesa com referencia à aplicação da alíquota de 7% sobre o débito remanescente, com base no Acordo firmado com a SEFAZ. Requer, ao final, a procedência parcial da autuação, com a aplicação da alíquota de 7%.

A Doutra procuradoria opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que a JF de fato determinou a homologação dos valores já pagos, o que não implica na redução do auto. O montante do débito será reduzido após o fim do processo administrativo fiscal pela autoridade competente. Quanto à alíquota aplicável, essa deve ser a 17%, pois a infração caracterizada afasta apuração do imposto pelo regime especial, aplicando-se o regime normal.

VOTO

A opção pelo regime de apuração em função da receita bruta, aplicando-se o percentual de 7%, relativo às prestações de serviço de transporte intermunicipal e interestadual de passageiros, está prevista no art. 505-A e implica em celebração de um acordo com a Diretoria de Tributação e na vedação da utilização de quaisquer créditos fiscais vinculados às prestações objeto do regime de apuração acordado.

Observa-se no acordo firmado pela empresa autuada, fls. 710 e 711, que o percentual de 7% decorre da presunção de que o crédito adicional utilizado é de 38,825% e que são duas as condições impostas para o contribuinte se habilitar:

- 1) deverá regularizar os seus débitos tributários perante a Secretária da Fazenda;
- 2) cumprimento regular dos prazos de pagamento do imposto apurado pelo regime normal e dos parcelamentos dos débitos tributários.

Por outro lado, o acordo prevê que a falta de pagamento do crédito tributário, decorrente de denúncia espontânea ou constituído por lançamento de ofício, depois de esgotadas as possibilidades de discussão administrativa de sua procedência, implicará na imediata suspensão do direito à fruição do benefício e a falta de cumprimento dessas condições proporcionaria a rescisão do acordo.

Rescindido o acordo, o crédito tributário será devido integralmente, sem a redução ali prevista.

Portanto, o contribuinte por atender as condições vigentes no acordo, está com pleno direito à adoção do regime de apuração com a aplicação da alíquota de 7% sobre a receita bruta.

O Julgador de primeira instância entendeu que tendo em vista o disposto no art. 4, § 4º da Lei 7.014/96, o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, autorizava a presunção de saídas de mercadorias tributadas sem o pagamento de imposto e, assim, manteve a alíquota de 17% sobre a base de cálculo remanescente à revisão.

Ora, o Decreto nº 7.834 que produziu a alteração estabelecida no art. 505-4 é de 07/08/2000, posterior a promulgação da Lei e reconhece uma situação especial inerente às empresas de transporte com relação ao creditamento do ICMS relativo aos insumos utilizados na prestação de serviços de transportes de passageiros, que reconhecidamente onerava aquele setor essencial para a população de menor renda do Estado e suas cláusulas indicam claramente uma negociação para resolver pendências certamente resultantes da situação anterior.

Há precedentes com relação ao regime do SIMBAHIA que, com a alteração introduzida pela Lei nº 8.534/02, passou a considerar o crédito de 8% em casos de apuração do imposto pelo regime normal.

Tratando-se de empresa de transportes, não há como se caracterizar saldo credor de Caixa. Por outro lado, não há condição de se enquadrar o débito de maneira exata. Em face do exposto e entendendo que razão assiste ao contribuinte ao pleitear a aplicação da alíquota de 7% sobre a base de cálculo apurada após a revisão efetuada, considerando que nenhum crédito fiscal foi utilizado pela empresa, em face do disposto no artigo 505-A do RICMS/97.

Quanto ao Recurso de Ofício, agiu corretamente o julgador da Primeira Instância, ao acatar diligência da ASTEC que apresentou demonstrativo apontando os valores dos saldos credores remanescentes, como questionado pelo autuado. Em face do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício e pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO EM SEPARADO

Divirjo do voto do Sr. relator do processo no que concerne à alíquota aplicável e acolho o parecer da douta procuradora quanto à alíquota aplicável, que deve ser a 17%, pois a infração caracterizada afasta apuração do imposto pelo regime especial, aplicando-se o regime normal. Além disso, a presunção legal é de que houve omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Até que legislação nova modifique esta disposição, entendo não se poder ultrapassá-la, estendendo aos casos de omissão de saídas o tratamento diferenciado aplicável ao segmento de que o

autuado faz parte. Noto, ainda, que quando o legislador assim o quis, previu a exceção, como se deu com as empresas optantes pelo regime especial de pagamento – Simbahia.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e, em decisão não unânime, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298237.1001/02-4, lavrado contra **EXPRESSO BRASILEIRO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$36.757,56**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, e demais acréscimos legais, homologando-se o valor efetivamente recolhido.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros (as) Álvaro Barreto Vieira, Fauze Midlej, José Carlos Barros Rodeiro, Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiro César Augusto da Silva Fonseca.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de agosto de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

CÉSAR AUGUSTO DA SILVA FONSECA – VOTO EM SEPARADO

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS