

PROCESSO - A. I. Nº 281077.0005/03-8
RECORRENTE - CARLOS ALBERTO QUEIROZ
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ªJF nº 0208/01-04
ORIGEM - INFAZ SANTO AMARO
INTERNET - 29/10/2004

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0271-12/04

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Entretanto, como o sujeito passivo encontra-se enquadrado no SimBahia, os créditos fiscais devem ser apurados conforme determinação da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/02. Infração caracterizada, porém com valor do imposto a menos do que aquele apurado. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Após revisão, diminuído o débito originalmente apurado. Não acatadas as arguições de nulidade. Rejeitado pedido de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado em razão da Decisão de 1ª Instância que julgou Procedente em parte o Auto de Infração lavrado em 26/09/03, para exigir o imposto no valor de R\$114.602,76, acrescido das multas de 70% e 60%, em decorrência de:

1. Omissão de saída de mercadorias, apurada através de saldo credor na Conta Caixa (exercícios de 2001 e 2002) – R\$100.529,05;
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (janeiro, março, julho e agosto de 2001, fevereiro a abril de 2002, julho de 2002 e outubro de 2002) - R\$14.073,71.

O autuado às fls. 831 a 862 apresentou defesa, arguindo três preliminares de nulidade prejudiciais ao mérito da acusação.

A 1ª JF, afastando as preliminares levantadas pelo autuado decidiu, pela Procedência em Parte do Auto de Infração, com fundamento no seguinte voto:

“No mais, rejeitando o pedido de diligência fiscal requerido e adentrando no mérito da acusação, a infração 1, trata das omissões de saídas tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa, conforme determinação do § 4º do art. 4º, da Lei nº 7.014/96. Afora as questões de nulidades levantadas e já apreciadas, o impugnante observou que a autuante

incorreu em dois erros. O primeiro não considerando os créditos fiscais como manda a Lei nº 7.357/98, ou seja, em se tratando de levantamento de Caixa deve ser concedido o crédito fiscal presumido de 8% sobre as saídas omitidas e o segundo que deveriam ser excluídos os valores relativos às operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por terem o imposto pago por antecipação, visando

Em relação ao fato do impugnante comercializar, também, com mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, esta circunstância, a princípio, não interfere na presunção legal prevista no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, vez que se a escrita da empresa indica saldo credor de origem não comprovada, significa dizer que os Recursos aplicados nos pagamentos tiveram a sua origem desconhecida. A legislação tributária presume que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas de mercadorias tributáveis, pois, em princípio, ninguém exclui da tributação o que não é tributável. Todavia, se o autuado houvesse comprovado que quase toda sua receita advinha destas mercadorias, esta circunstância poderia ser levada em consideração para apuração do imposto em função da proporcionalidade em relação às mercadorias com tributação. No entanto, não comprovou. Não vejo qualquer motivo para se alegar bitributação.

Quanto ao argumento sobre os créditos fiscais, tem razão o defendente. Em 13/12/02, a Lei nº 8.534/02 alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, dando-lhe nova redação. Por ela, o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos e os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art 19 da citada Lei). Assim, considerando que os créditos apresentados pela fiscalização foram calculados com base na Instrução Normativa nº 01/02, neste momento refaço o levantamento fiscal dentro do critério determinado pela lei, mantendo em parte a autuação referente a este item no valor de R\$92.037,45.

	2001	2002	TOTAL
RECEITAS OMITIDAS	361.772,99	660.865,30	
ICMS - 17%	61.501,41	112.347,10	
CRÉDITO FISCAL - 8% sobre receitas omitidas	28.941,84	52.869,22	
ICMS A RECOLHER	32.559,57	59.447,88	92.037,45

A infração 2 diz respeito à falta de recolhimento do imposto por antecipação tributária pelas aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime da substituição tributária. A auditoria teve como base notas fiscais colhidas junto ao estabelecimento do sujeito passivo, bem como notas fiscais colhidas junto ao sistema CFAMT. O impugnante embora afirmando não aceitar a acusação pelos motivos já explanados, apontou os seguintes erros no levantamento fiscal.

- 1. O valor do débito referente a julho de 2001 não era de R\$1.022,44 e sim de R\$1.020,44. A autuante acatou a ponderação de defesa.*
- 2. No mês de agosto de 2001 o somatório do valor do débito no demonstrativo estava incorreto, devendo ser R\$488,35 e não de R\$4.508,79. A autuante concordou com a defesa.*
- 3. A MVA de Charque, a partir de julho de 2001, passou de 60% para 23% para as mercadorias oriundas do Estado Sul e Sudeste e 16% nos demais estados. Assim, o débito do mês de abril de 2002 era de R\$533,45 e não R\$1.395,11. A autuante acatou a defesa.*

4. *A MVA do leite de coco (suco de frutas), quando o produto é adquirido a atacadista é de 30% e não de 60%. Esta situação refletiu no imposto cobrado no mês de julho de 2001. A autuante não considerou esta ponderação, vez que a mercadoria foi comprada não em atacadista, mas sim no fabricante, como pode ser provado pelas notas fiscais apensadas aos autos. Analisando as notas fiscais e onde estão consignadas as compras de leite de coco, ele foi adquirido à indústria SoCoco S/A – Indústria Alimentícia (fls. 814, 815 e 817) e a Frutisa S/A (fabricante do leite de coco Serigy – fl. 830). Nesta situação está correta a autuação.*

A MVA de biscoitos provenientes de Sergipe que é de 20%, de acordo com o item 12.2.1 do Anexo 88 do RICMS/97. Esta situação refletia no imposto cobrado no mês de julho de 2001. A autuante não acatou esta ponderação. O item 12.2.1 do Anexo 88 do RICMS/97 trata dos produtos preparados a base de farinha de trigo especificados no subitem 11.4 do inciso II do art. 353, e se subdivide. No item 12.2.1 indica a MVA dos produtos de padaria e pastelaria, o que pode estar incluso os biscoitos, conforme alegou o defendente, porém somente aqueles adquiridos em padarias e pastelarias. O 12.2.3 trata dos produtos da indústria de bolachas e biscoitos. O impugnante adquiriu biscoitos da empresa Produtos Alimentícios Frabise Ltda (Nota Fiscal nº 06672 – fl. 819). Neste caso, a MVA é de 30%. Correta a autuação.

Inconformado com a Decisão de 1ª Instância o autuado ingressou com Recurso Voluntário às fls. 961 a 974, alegando, em síntese:

Preliminar de nulidade do processo administrativo fiscal em razão de: cerceamento de defesa em virtude de não ter recebido, no ato da intimação da lavratura do auto, cópia de supostas notas que teriam acobertado operações realizadas pela empresa e capturadas pelo CFAMT, citando doutrina de Hely Lopes Meireles e Acórdão nº 0136/01 da CJF deste Conselho de Fazenda. E em razão do dever do Fisco de provar a prática de infração.

O recorrente fundamenta suas alegações preliminares nos arts. 46 e 18 do RPAF, insistindo na nulidade como um vício insanável e não como um mero “erro” sanado *a posteriori* como entendeu o colegiado “*a quo*”, pugnando pelo refazimento de todo o procedimento fiscal como preceitua o art. 47 do RPAF.

No tocante ao mérito aduz que a Decisão recorrida afronta direitos e garantias constitucionais argumentando:

Em relação à infração 1:

- a) Que se refere à presunção de omissão de receitas as quais não foram oferecidas à tributação e que embora a JJF tenha feito os cálculos da auditora autuante para aplicar os índices corretos em conformidade com a Lei nº 7.357/98 deixou de proceder a imprescindível separação entre as receitas oriundas de mercadorias cujo imposto é pago por antecipação ou não, ficando o recorrente sujeito a pagar o imposto duas vezes (*bis in idem*) caso a Decisão não seja reformada.
- b) Que o pagamento indevido do imposto atenta contra o direito de propriedade do contribuinte além de violar os princípios da legalidade e da moralidade transcrevendo o art. 37 da Constituição Federal, pois o autuante não pode se afastar desses princípios sob pena de nulidade, citando mais uma vez lição do mestre Hely Lopes Meirelles.
- c) Que a busca da verdade material, ao lado da legalidade e da garantia da ampla defesa são os princípios informadores do processo administrativo fiscal nos termos do art. 2º do RPAF.
- d) Que a arbitrariedade cometida pelo Fisco é tamanha que o pedido de diligência fiscal

requerido pela empresa foi sumariamente rejeitado sem fundamentação, levando a nulidade a Decisão em consonância com o art. 18, III do RPAF, acrescendo que a realização de diligência para apurar a verdade material é uma faculdade do contribuinte assegurada pelo art. 123 do RPAF que não pode ser negada pela autoridade.

Em relação a infração 2:

- a) Que restou patente a fragilidade da autuação praticada em desacordo com o mandamento de que a descrição dos fatos deve ser clara e precisa além de conter os elementos necessários para caracterizar com segurança a infração como forma de assegurar a ampla defesa e o contraditório.
- b) Que parte dos valores apurados se basearam em notas fiscais alheias ao recorrente e das quais a mesma só teve ciência após a apresentação da defesa, quando o procedimento da autuação já era imprestável vez que fulminado pela nulidade.

Requer, por fim, a reforma da Decisão recorrida para os fins de declarar a nulidade do Auto de Infração referenciado ou, ultrapassada a preliminar, que sejam acolhidas as razões expostas para acatar o pedido de realização de diligência requerido, com vistas a sanar os equívocos cometidos e, conseqüentemente julgar improcedente o Auto de Infração.

Encaminhados os autos a PGE/PROFIS para análise e Parecer, a ilustre Procuradora Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa manifestou-se às fls. 977 e 978, nos termos seguintes:

“Da análise dos autos, verifico que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT encontram-se nos autos e foram entregues ao contribuinte que teve, assim, condições de apresentar sua defesa. Tais documentos são provas da comercialização das mercadorias nelas constantes, devendo, se for o caso, o contribuinte apresentar provas inequívocas de que não as adquiriu.

As notas fiscais indicam corretamente os dados da empresa autuada e tratam de mercadorias de sua comercialização habitual.

Quanto à alegação de que se trata de mercadoria substituída, observo que a exigência aqui contida é a de presunção de omissão de saída, ou seja, com as aquisições não contabilizadas, o que levou ao saldo credor da conta caixa, presume-se que houve saídas tributadas anteriormente sem pagamento do respectivo imposto.

A lei é clara nesse sentido (art. 4º, parágrafo quarto, da Lei nº 7.014/96). A presunção é de omissão de pagamento do imposto em saídas anteriores tributadas. Portanto, em nada importa a condição da mercadoria das notas fiscais coletadas junto ao CFAMT.

O que foi consignado no voto da JJF é que caso o contribuinte comprovasse que apenas comercializa com mercadorias substituídas ou isentas, a presunção de saídas anteriores tributadas não poderia se caracterizar, a exemplo de outros processos em que tal fato restou comprovado.]

Não havendo prova nos autos, há de aplicar-se a presunção legal de saídas anteriores tributadas sem o devido pagamento do imposto.

Diante disso o Recurso Voluntário não deve ser provido.”

VOTO

No presente Recurso Voluntário o recorrente volta a insistir com a preliminar de nulidade do PAF em razão de cerceamento de defesa por não ter recebido, no ato da intimação da lavratura do

Auto de Infração, cópia de supostas notas que teriam acobertado operações realizadas pela empresa e capturadas pelo CFAMT e em razão do dever do Fisco de provar a prática da infração cometida pelo autuado. Fundamenta suas alegações preliminares nos art. 46 e 18 do RPAF/99 pugnando pelo refazimento de todo o procedimento fiscal.

A preliminar de nulidade argüida já havia sucumbido em Decisão de 1ª Instância e agora, em sede de Recurso, entendo que a mesma deve ser afastada por lhe faltar amparo fático e legal, uma vez que se encontram nos autos as notas fiscais coletadas junto ao CEFAMT que foram entregues ao contribuinte, que teve, assim, condições de produzir sua defesa. Não consta dos autos prova inequívoca de que o recorrente não tenha recebido as referidas notas fiscais. Rejeito, pois, a preliminar levantada.

No tocante ao mérito, em relação à infração 1, falta razão ao recorrente quando alega que: embora a JJF tenha feito os cálculos da auditora autuante para aplicar os índices corretos deixou de proceder à separação entre as receitas oriundas de mercadorias cujo imposto é pago por antecipação ou não, ficando o recorrente sujeito a pagar imposto duas vezes; que o pagamento indevido do imposto atenta contra o direito de propriedade do contribuinte, ressalta a busca da verdade material e que a arbitrariedade cometida pelo Fisco é tamanha que o pedido de diligência fiscal requerido pela empresa foi sumariamente rejeitado sem fundamentação legal.

Ficou devidamente apurado e comprovado nos autos o cometimento da infração 1 embora tenha a JJF feito o levantamento fiscal dentro do critério determinado pela Lei nº 8.534/02 retificando o anterior elaborado com base na Instrução Normativa nº 01/02, concedendo ao recorrente os créditos fiscais que faz jus. As notas fiscais indicam corretamente os dados da empresa autuada e tratam de mercadorias de sua comercialização habitual.

Quanto à alegação do recorrente de que se trata de mercadoria substituída acompanho entendimento da ilustre representante da PGE/PROFIS quando observa que a exigência aqui contida é a de presunção de omissão de saída, ou seja, com as aquisições não contabilizadas, o que leva ao saldo credor da conta caixa, se presume que houve saídas tributadas anteriormente sem pagamento do respectivo imposto. A Lei nº 7.014/96 é clara nesse sentido: a presunção é de omissão de pagamento do imposto em saídas anteriores tributadas. Portanto em nada importa a condição de mercadorias das notas fiscais coletadas junto ao CFAMT.

Como não existe prova em contrário nos autos, se aplica a presunção legal de saídas anteriores tributadas sem o devido pagamento do imposto.

Descabe também o pedido de diligência requerido pelo recorrente porque, embora se trate de uma faculdade do contribuinte poderá ser o mesmo indeferido quando o julgador considerar suficientes para a formação de sua convicção os elementos contidos nos autos, conforme preceitua o art. 147, I do RPAF/99, o que ocorre na situação aqui analisada, razão pela qual indefiro o pedido de diligência requerida pelo sujeito passivo.

De referência à infração 2 o recorrente assinala, mais uma vez, a fragilidade da autuação praticada em desacordo com o mandamento de que a descrição dos fatos deve ser clara e concisa e que parte dos valores apurados se basearam em notas fiscais que lhe são alheias e das quais só teve ciência após a apresentação da defesa, o que não procede, pois o PAF, como já dito, se encontra revestido das formalidades legais exigidas e as notas fiscais constantes dos autos não são alheias ao recorrente, pois, como já afirmado tratam de mercadorias de comercialização habitual da empresa e constituem prova de comercialização das mesmas, as quais não foram desconstituídas pelo recorrente.

Com as considerações feitas, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário mantendo-se a Decisão de 1ª Instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 **281077.0005/03-8**, lavrado contra **CARLOS ALBERTO QUEIROZ**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$101.197,06**, acrescido das multas de 60% sobre R\$9.189,61 e 70% sobre R\$92.007,45, previstas no art. 42, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das sessões do CONSEF, 27 de setembro de 2004.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES- RELATORA

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