

PROCESSO - A. I. Nº 206902.0027/03-4
RECORRENTE - A. A. ANDRADE PRÉ-MOLDADOS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0104-02/04
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET - 26/10/2004

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0348-11/04

EMENTA: ICMS. 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. Comprovada, em parte, a origem dos recursos. Não acolhidas às argüições de nulidade do Auto de Infração. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado ao Acórdão nº 0104-02/04, da 2ª JJF, que julgou o presente Auto de Infração Procedente, por Decisão unânime de seus membros, lavrado para exigir imposto e multa em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através da constatação de saldo credor na conta Caixa.

Inicialmente, o recorrente ressaltou que esteve enquadrado no SimBahia durante o período fiscalizado, e, consequentemente, recolheu o ICMS mensalmente em função da sua receita bruta, conforme artigo 7º, da Lei nº 7.357/98.

Em preliminar, suscitou a nulidade do Auto de Infração, pelos seguintes motivos:

1. Ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração: o autuante teria se limitado a elaborar demonstrativos de vendas e compras dentro do período fiscalizado, concluindo que a empresa autuada comprou mercadorias sem numerário suficiente para tal, pois as vendas foram inferiores às compras, que teriam sido feitas com Recursos de vendas supostamente omitidas anteriormente. Sendo assim, não haveria prova da ocorrência do saldo credor, cujo ônus é do fisco;
2. Inexistência de saldo credor de caixa: os documentos acostados elidiram a presunção *juris tantum*, posto que comprovariam que a receita obtida pelo contribuinte não se originou exclusivamente da venda de mercadorias, mas sim, da prestação de serviços inerentes à sua atividade, consoante notas promissórias anexas, e , caso esta 1ª CJF entenda ser necessário que estes documentos sejam apresentados em original, requereu que fossem marcadas data e hora para efetivação de perícia fiscal no seu estabelecimento;
3. Falta de motivo para a cobrança do imposto pelo regime normal de apuração: por se tratar de empresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia, recolhe o ICMS mensalmente com base na receita bruta mensal, sendo que a receita supostamente omitida deveria compor a base de cálculo para a tributação por este regime, mesmo que viesse a mudar a faixa de tributação para uma alíquota maior, isto porque o contribuinte não infringiu a nenhum dos incisos do art. 15 da Lei nº 7357/98. A forma em que fora apurado o

imposto feriria os princípios constitucionais da legalidade, da igualdade, da vedação ao confisco e da moralidade.

Citou jurisprudência deste CONSEF e doutrina.

Argüiu, ainda, o recorrente que o autuante cometeu um equívoco na imputação da multa, ao considerar que houve cometimento de infração à obrigação principal, que diz respeito à omissão de saída de mercadorias, porque, “*se por absurdo admitíssemos que de fato houve falta de emissão de notas fiscais, isto implicaria apenas em descumprimento de obrigação acessória, uma vez que, estando o contribuinte inscrito no SimBahia não existe, para ele, a obrigatoriedade de escriturar o livro de saída de mercadorias, haja vista o que diz o art. 408-C, VI do Decreto 6.284/97.*”

[...]

Destarte, o imposto pago pela empresa é calculado através do Faturamento Bruto, não sendo, desta forma, imprescindível a emissão de notas fiscais para que se faça a arrecadação do imposto não existindo motivo para sonegação do ICMS. Dessa forma torna-se descabível e inexigível o imposto retromencionado pelo autuante, máxime porque o seu recolhimento não se dá pelo Regime Normal de apuração.”

Pidiu a aplicação da penalidade de 1 (uma) UPF-BA, pelo descumprimento de obrigação acessória, prevista no art. 915, XXII, do RICMS/97.

Concluiu requerendo a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração.

A representante da PGE/PROFIS se manifestou nos autos, dizendo que o contribuinte exerceu o seu direito de defesa sobejamente, o que prova que entendeu a acusação que lhe foi imputada, e as preliminares aduzidas devem ser rechaçadas.

No mérito, firmou que o recorrente repete os argumentos já suscitados anteriormente, ficando evidente que reconhece a existência de saldo credor na conta auditada pela fiscalização.

Opinou pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

Como relator do PAF, propus e esta 1ª CJF deferiu a realização de diligência pela INFAZ de origem, nos seguintes termos:

“O presente Auto de Infração versa sobre a presunção legal da ocorrência de saída de mercadorias tributáveis sem o recolhimento de ICMS, apurada através da constatação de saldo credor na conta Caixa.

Em sede de Recurso Voluntário, o recorrente apresentou cópias de Notas Fiscais de Prestação de Serviço de Qualquer Natureza, fls. 224 a 237, que entende que elidiriam a presunção, pois restaria provado que a receita supostamente omitida não decorreu de vendas de mercadorias, mas fora obtida pela remuneração destes serviços, tributados pelo ISS, e não pelo ICMS.

Assim, esta 1ª CJF deliberou que o PAF fosse diligenciado à Infaz de origem, para que o autuante ateste a regularidade das citadas operações, ou, ao revés, comprove que as mesmas são irreais ou fictícias.”

Cumprindo o que lhe fora solicitado, o auditor fiscal autuante prestou a seguinte informação (fls. 253 a 285): “*Atendendo a Ofício do Sr. Inspetor local, a SRF nos forneceu em 17/06/2004, cópia da DIRPJ/PJ2003/SIMPLES (ANEXO 9), a qual comprova a exatidão da declaração apresentada pelo Contribuinte (ANEXO 6), em que o faturamento bruto declarado em 2002 foi da ordem de R\$32.475,07, valor este que passa a ser considerado por este preposto fiscal como o total*

ingressado no caixa, naquele ano-calendário de 2002. Como até o presente momento, o Contribuinte autuado/recorrente não retificou dita DIRPJ, entendo, S.M.J., que as operações constantes das NFPS 000055 a 000073 não são reais. Por isso, refiz o Demonstrativo N.º 01 (fls. 06, do PAF), agora ANEXO 10 a esta Informação Fiscal, incluindo no ano-calendário de 2002 o ingresso da receita declarada pelo Contribuinte, de R\$32.475,07, o que reduz o saldo credor de caixa, que era de R\$371.724,55; e agora é de R\$339.249,48. Com isto, o ICMS reclamado passa a ser de R\$33.455,04, como se vê no ANEXO 11 (retificação do Demonstrativo N.º 02, de fls. 7, do PAF)”. [No seu demonstrativo, o valor apontado é de R\$30.532,45]

O recorrente, regularmente cientificado das informações trazidas pelo autuante, e intimado para se pronunciar no prazo de 10 (dez) dias, querendo (fls. 286 e 287), preferiu o silêncio.

VOTO

Trata o Auto de Infração da exigência de imposto em razão da presunção legal da ocorrência de omissão de saídas tributáveis, apurada através da constatação de saldo credor na conta “Caixa”, arrimado no que dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei n.º 7.014/96.

O recorrente apresentou três motivos (acima resumidos) que, segundo ele, ensejariam a nulidade do Auto de Infração.

O primeiro seria a ausência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração.

Verificando o Auto de Infração e o demonstrativo à fl. 6, constato que, não tendo o contribuinte apresentado o seu livro Caixa, obrigatório por estar enquadrado no Simbahia, nem os documentos de recebimentos e pagamentos, o autuante reconstituiu a sua conta Caixa com elementos de que dispunha, inclusive notas fiscais capturadas pelo sistema CFAMT, e apurou saldo credor nesta conta. Caberia ao contribuinte trazer o seu livro Caixa e demonstrar, cabalmente, que não ocorreu o citado saldo credor na conta Caixa.

Não pode, agora, suscitar a nulidade de um levantamento, feito com os elementos disponíveis, pois não fora possível fazê-lo de forma diferente, posto que o próprio recorrente deixou de apresentar o seu livro Caixa, estando regularmente intimado (fl. 5), até porque, segundo o § 2º, do art. 18, do RPAF/99, não se declarará a nulidade sem prejuízo ou em favor de quem houver dado causa.

O segundo se reporta à inexistência de saldo credor de caixa, conforme documentos anexados, que comprovaram a origem dos Recursos. Esta não é questão de nulidade, mas de mérito, e será tratada adiante.

O terceiro diz respeito à falta de motivo para a cobrança do imposto pelo regime normal de apuração de empresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração – SimBahia.

O Estado da Bahia instituiu o Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia, através da Lei n.º 7.357/98, que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado a ser dispensado às microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, com a consequente redução individual da carga tributária e, em contrapartida, aumento da base tributária, o que permite ao Estado manter, ou até incrementar a arrecadação, com um recolhimento menor de tributo por contribuinte.

O seu art. 17 (SEÇÃO V – DAS IRREGULARIDADES NA ADOÇÃO DO REGIME), vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, estabelecia que os contribuintes de que tratam os incisos II, III, IV e V, do art. 15, ficarão sujeitos ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento

tributário previsto nesta Lei, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

O citado art. 15, no seu inciso V, prevê que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

A combinação dos art. 408-L, V, 408-S, e 915, III, do Regulamento do ICMS de 1997, desde a sua Alteração de nº 20 (Decreto nº 7867 de 01/11/00, DOE de 02/11/00), preconiza que, quando se constatar que o imposto não foi recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, entre eles a ocorrência de saldo credor na conta a caixa, este será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

Os fatos sob análise se deram em 2002, portanto, após a mencionada Alteração de n.º 20, ao RICMS/97, e a redação por ela dada torna claro que o benefício fiscal da redução da carga tributária somente se aplica àqueles contribuintes que agem com correção, sendo que, apurado saldo credor na conta “Caixa”, que é o presente caso, o cálculo do imposto devido será efetuado nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Assim, as alegações de nulidade do Auto de Infração não podem ser acolhidas.

No mérito, na segunda motivação para nulidade, o recorrente asseverou que os documentos acostados elidiriam a presunção *juris tantum*, posto que comprovariam que a receita obtida pelo contribuinte não se originou exclusivamente da venda de mercadorias, mas sim, da prestação de serviços inerentes à sua atividade, consoante notas promissórias anexas.

Esta 1ª CJF deliberou que o PAF fosse diligenciado à Infaz de origem, para que o autuante atestasse a regularidade das citadas operações, ou, ao revés, comprovasse que as mesmas são irreais ou fictícias.

A diligência foi atendida, e o autuante, após pesquisas realizadas, inclusive junto à Secretaria da Receita Federal, constatou a existência de um faturamento, para o ano-calendário de 2002, de R\$32.475,07, e promoveu a correção no seu levantamento original, concedendo, inclusive, o crédito de 8%, previsto no art. 408-S, do RICMS/97, o que, aliás, já havia sido feito desde o início .

O resultado da diligência foi submetido ao recorrente, que preferiu quedar silente. Interpreto o seu silêncio como concordância tácita do que fora apontado pelo autuante, o que leva a procedência parcial da acusação.

Quanto ao seu pleito de que deveria ter sido aplicada a multa de 1 (uma) UPF-BA, por descumprimento de obrigação acessória, posto que recolhe ICMS em razão da sua receita bruta, e assim não sendo, desta forma, imprescindível a emissão de notas fiscais para que se faça a arrecadação do imposto, não pode ser acatado.

Ocorre que a emissão das notas fiscais é a origem da apuração da receita bruta, pois consiste, exatamente, no somatório das saídas por documento fiscal.

A multa aplicada está prevista no art. 42, III, da Lei n.º 7.014/96, e é a correta para o caso em questão.

Pelo que expus, o meu voto é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário apresentado pelo autuado, para modificar a Decisão recorrida, e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração, no valor apontado pelo autuante na diligência que realizou.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206902.0027/03-4, lavrado contra **A. A. ANDRADE PRÉ-MOLDADOS E MATERIAL DE CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$30.532,45**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2004.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CIRO ROBERTO SEIFERT – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTTE – REPR.. PGE/PROFIS