

PROCESSO	- A. I. N° 279116.1116/04-2
RECORRENTE	- CLAVAFIL COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJJ n° 0421-03/04
ORIGEM	- INFAC BOM JESUS DA LAPA
INTERNET	- 24/02/2005

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0026-12/05

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor de Caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem e o efetivo ingresso dos recursos na referida conta. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Após retificado o levantamento fiscal, reduziu-se o débito originalmente apontado. Recurso NÃO PROVIDO. Vencido o voto da relatora. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pelo sujeito passivo, contra Decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/04, para exigir o ICMS, no valor de R\$14.397,62, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa – R\$9.015,65;
2. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88– R\$5.381,97.

A lide foi decidida em 1ª Instância com base no voto a seguir transscrito:

“Incialmente, ressalto que o presente Auto de Infração foi lavrado em obediênciàs normas legais, atendendo às formalidades previstas no artigo 39, do RPAF/99, não havendo, portanto, razão para declarar a sua nulidade.

No mérito, este lançamento foi feito para exigir o ICMS em decorrência da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa (infração 1) e por falta de recolhimento do imposto por antecipação, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária (infração 2).

Quanto à infração 1, o autuado se limitou a dizer que eventualmente são injetados Recursos na conta Caixa oriundos da poupança familiar e do desconto de cheques ou do limite da

conta corrente bancária, entretanto, seus argumentos não se encontram provados nos autos. Sendo assim, entendo que deve ser mantido o débito com fundamento no artigo 142, do RPAF/99: “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Relativamente à infração 2, o contribuinte alegou que: a) as mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 39613, 24547, 36459 e 46439, apesar de emitidas pela empresa Cerâmica Almeida Ltda. não estão enquadradas na substituição tributária, pois se trata de pisos de madeira e não pisos cerâmicos; b) as mercadorias constantes nas Notas Fiscais nºs 5704 e 5703 não estão enquadradas na substituição tributária, pois se trata de revestimento e não pisos cerâmicos; c) o ICMS foi retido pelo remetente no que se refere à Nota Fiscal nº 17060. Tais alegações foram contestadas pelo autuante, que afirmou que os produtos são enquadrados na substituição tributária, no artigo 353, inciso II, item 15.2.4 (NCM 6908.90.00) e, quanto à Nota Fiscal nº 17060, considerou devido o imposto, já que o remetente das mercadorias não é inscrito no Estado da Bahia e não apresentou a GNRE competente.

Analisando os documentos fiscais acima referidos (fls. 15 a 38), verifico que

1. Notas Fiscais nºs 39612 (fl. 25), 39613 (fl. 26), 24547 (fl. 16), 36459 (fl. 21), 46439 (fl. 32) – trata-se de pisos cerâmicos com código NCM nº 6908.90.00, os quais estavam efetivamente enquadrados na substituição tributária, à época dos fatos geradores, conforme previsto no artigo 353, inciso II, itens 15.7.4, 15.7.5 e 15.7.6, do RICMS/97, sendo devido, portanto, o valor exigido nesta autuação;
2. Nota Fiscal nº 17060 (fl. 15), o remetente das mercadorias, localizado no Estado de São Paulo, reteve o ICMS devido por substituição tributária e, portanto, sendo o sujeito passivo da obrigação, somente ele pode ser responsabilizado por eventuais não pagamentos do imposto ao Estado da Bahia (Convênios ICMS 74/94 e 28/95). Nessa situação, o destinatário (no caso, o autuado) podia ser alcançado pela tributação apenas nos casos previstos no artigo 125, II, alínea “b” combinado com seu § 1º, do RICMS/97 (redação vigente à época), quando: a) não tivesse sido incluído, na base de cálculo, os valores de frete e seguro; b) quando a MVA prevista no acordo interestadual fosse inferior à prevista para as operações internas; c) de forma espontânea, quando ficasse comprovado que seria impossível exigir o tributo do remetente.

O autuante alegou que o remetente das mercadorias, localizado em outro Estado, não era inscrito no cadastro de contribuintes da Bahia, todavia, não me parece que tal fato possa se caracterizar como uma impossibilidade de exigir o tributo do sujeito passivo por substituição tributária. Dessa forma, considero que deve ser excluída a Nota Fiscal nº 17060 do levantamento acostado às fls. 13 e 14 dos autos e, consequentemente, reduzido o valor de débito exigido, de R\$5.381,97 para R\$5.373,74.

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.”

Inconformado com a Decisão proferida em 1ª Instância, o recorrente interpõe Recurso Voluntário de fls. 73 a 74, alegando, em síntese, o seguinte:

Que em data de 31.03.2004 foi lavrado o presente Auto de Infração para cobrar a substituição tributária de algumas notas fiscais na aquisição de pisos e tintas em outra unidade da Federação. Entende o recorrente que as Notas Fiscais de nºs 39613, 24547, 36459 e 046439 apesar de terem sido emitidas pela Cerâmica Almeida Ltda, não se referem a pisos cerâmicos e sim a pisos de madeira o que deverá ser comprovado com as cópias das notas fiscais anexadas, alegando, ainda, que o RICMS, em seus Anexos 88 e 69 diz que deverá acontecer a antecipação de produtos cerâmicos.

De referência à omissão de saídas apurada pelo saldo credor de caixa, as empresas nas pequenas cidades funcionam com recursos do grupo familiar, esclarecendo que todas as receitas provenientes de outras fontes de rendas são aplicadas no comércio para aquisição de mercadorias como se fosse uma poupança para a família.

Em conclusão, pugna pela nulidade do Auto de Infração.

Os autos foram encaminhados à PGE/PROFIS tendo esta, através do ilustre procurador José Augusto Martins Júnior, manifestado seu opinativo de fls. 80 a 82, em síntese, nos termos seguintes:

“Em breve suma, entendemos que a questão da omissão da saída de mercadoria, evidenciada pelo saldo credor na conta caixa, realmente não restou elidida pelo autuado, que apenas firmou lucrações metajurídicas para demover a presunção legal, não devendo, desta forma, receber qualquer guarida pela ausência de esteio técnico e legal.”

No que tange as notas fiscais invectivadas, também adiro às considerações lançadas pelo CONSEF pois inobstante terem como indicação de produtos não cerâmicos, o código NCM utilizado refere-se a produtos encartados à época do fato gerador no regime de substituição tributária.

No que se refere à nota fiscal oriunda de outra unidade da federação, acobertando mercadoria sujeita ao regime da substituição tributária, entendo que o efetivo recolhimento do imposto antecipado elide completamente a irregularidade testificada no presente auto, mesmo que o contribuinte substituto não tenha provado sua regularidade cadastral, em razão do princípio da instrumentalidade das formas, que preceitua que alcançado os fins da norma há que se desconsiderarem as formalidades, que in casu restringe-se a situação cadastral do remetente da mercadoria em outro Estado.”

VOTO VENCIDO

Em seu Recurso Voluntário o recorrente volta a se insurgir contra as duas infrações que lhe foram imputadas, requerendo, ao final, a nulidade do Auto de Infração. De imediato, esclareço que inexistem questões de ordem preliminar apresentadas pelo recorrente, portanto, não há base legal para este tipo de argüição, a qual, desta maneira, fica afastada.

No que concerne à infração 1, saldo credor apurado na conta Caixa em 31/12/2001, o recorrente limita-se a argumentar que “*as empresas nas pequenas cidades funcionam com recursos do grupo familiar, esclarecendo que todas as receitas provenientes de outras fontes de rendas são aplicadas no comércio para aquisição de mercadorias como se fossem uma poupança para a família e sempre nos vencimentos das duplicatas recorre a descontos de cheques da empresa e da pessoa física para cumprir os compromissos*”.

A rigor, vejo que estes argumentos são insuficientes para afastar a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada pelo fisco, entretanto, não posso me furtar de verificar a forma ou o critério utilizado pelo autuante para chegar ao valor do imposto exigido. A base da exigência reside na “Planilha nº 1”, doc. fl. 12, onde observo que, de forma sintética, o autuante considerou os saldos inicial e final de Caixa como inexistentes, ou sejam, “zero”, as compras e vendas pela totalidade e como sendo todas efetivadas a vista, bem como despesas e recolhimentos também não demonstrados, chegando, de maneira inusitada, a um “saldo credor de Caixa” na ordem de R\$100.173,90, o qual serviu de base para cálculo da exigência fiscal.

Ora, a referida “Planilha nº 1”, doc. fl. 12, não reúne a mínima condição para servir de suporte da exigência fiscal, ante a sua total insegurança na determinação da base de cálculo e, ainda, por configurar flagrante preterição ao direito de defesa do contribuinte autuado. Nestas condições poderia até suscitar, de ofício, a nulidade do lançamento fiscal em relação a este item, entretanto, em face das flagrantes incorreções presentes na referida planilha, adentro ao seu mérito e julgo improcedente a infração 1 do presente Auto de Infração.

No que toca à infração 2, não assiste razão ao recorrente em seus argumentos, os quais já foram analisados e afastados, corretamente, pela Junta de Julgamento Fiscal. De fato, as Notas Fiscais nºs 036459, 024547 e 039613, docs. fls. 75 a 77, todas de emissão da empresa Cerâmica Almeida Ltda., indicam que os produtos nelas indicados tem classificação fiscal nos Códigos nºs 6905.10.00, 6904.10.00, 6908.90.00 e 6904.90.00, os quais, de acordo com o item 15.1 e respectivos sub-itens, inciso II, art. 353 do RICMS se referem a produtos cerâmicos. Mantendo, portanto, a decisão da Junta de Julgamento Fiscal quanto a presente infração.

Em conclusão, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, no sentido de que seja afastada a exigência fiscal relativa à infração nº 1 no valor de R\$9.015,65 mantendo-se a infração seguinte no valor de R\$5.373,74.

VOTO VENCEDOR

Divirjo do entendimento da ilustre relatora no que tange ao primeiro item da autuação, o qual trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa, pois entendo que a decisão da Primeira Instância está correta, conforme passo a demonstrar.

O recorrente foi intimado a informar quais os valores dos saldos inicial e final da conta Caixa (Termo de Intimação à fl. 6) e, no entanto, a intimação não foi atendida. Desse modo, o autuante foi obrigado considerar os valores dos saldos inicial e final como sendo zero. Além disso, ao considerar o saldo final como sendo zero, o autuante adotou um posicionamento mais favorável ao recorrente, pois, caso o saldo final fosse maior que zero, o saldo credor de Caixa aumentaria no mesmo valor.

No que tange ao demonstrativo de fl. 12, observo que as compras e as vendas foram obtidas da DME apresentada pelo próprio recorrente. Da mesma forma, os recolhimentos foram obtidos dos documentos de arrecadação estadual existentes nos controles da SEFAZ. Quanto às compras supostamente efetuadas à vista e consideradas como sendo a prazo, ressalto que o recorrente não apresentou tal argumento nem na defesa e nem no recurso voluntário e, além disso, esse hipotético fato não restou comprovado nos autos. Também observo que o demonstrativo de fl. 12 contém as explicações dos valores utilizados e de suas origens. Se o referido demonstrativo não é mais detalhado, isso se deve à falta de escrituração das operações por parte do recorrente, que por estar enquadrado no Regime do SimBahia encontra-se dispensado de várias obrigações tributárias acessórias.

Pelo exposto, considero que a ocorrência de saldo credor de Caixa está comprovada, o que autoriza a presunção legal (art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96) da realização de operações tributáveis sem o pagamento do imposto, cabendo ao contribuinte provar a improcedência da presunção.

Visando elidir a presunção, o recorrente alega que “*as empresas nas pequenas cidades funcionam com recursos do grupo familiar, esclarecendo que todas as receitas provenientes de outras fontes de rendas são aplicadas no comércio para aquisição de mercadorias como se fossem uma poupança para a família e sempre nos vencimentos das duplicatas recorre a*

descontos de cheques da empresa e da pessoa física para cumprir os compromissos". Todavia, essa alegação recursal, por falta de prova, não é capaz de elidir a presunção legal.

Relativamente ao segundo item da autuação, que versa sobre a falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, acompanho o voto da ilustre relatora, pela manutenção da decisão proferida pela primeira Instância.

Em face do acima comentado, a Decisão recorrida está correta e, em consequência, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, homologando a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279116.1116/04-2, lavrado contra CLAVAFIL COMÉRCIO DE TINTAS E FERRAGENS LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$14.389,39, sendo R\$3.059,17, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, "d", da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$11.330,22, acrescido das multas de 60% sobre R\$2.314,57 e 70% sobre R\$9.015,65, previstas no art. 42, II, "d" e III, do mencionado dispositivo legal, e dos acréscimos legais.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros Álvaro Barreto Vieira, César Augusto da Silva Fonseca, José Carlos Barros Rodeiro e Tolstoi Seara Nolasco.

VOTO VENCIDO: Conselheiros (as) Maria do Carmo Santana Marcelino Menezes e Fauze Midlej.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de fevereiro de 2005.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

MARIA DO CARMO SANTANA MARCELINO MENEZES – RELATORA/VOTO VENCIDO

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – VOTO VENCEDOR

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