

PROCESSO - A. I. Nº 279228.0006/04-4
RECORRENTE - JOAQUIM BORGES NETO (COMERCIAL SERTÃO DO OESTE)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0385/01-04
ORIGEM - INFAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 07/03/2006

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJP Nº 0060-12/06

EMENTA: ICMS. 1. 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 recorrida quanto ao exercício de 99. Refeitos os cálculos mediante diligência fiscal, conforme os critérios do SimBahia, com redução do valor originalmente apurado. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares argüidas. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou Procedente o presente Auto de Infração, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de Caixa, referente aos exercícios de 1999 a 2002, no valor total de R\$54.637,20;
2. Falta de recolhimento do ICMS 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, nos meses de março a dezembro de 1999, janeiro a dezembro de 2000, janeiro e março a dezembro de 2001 e janeiro, fevereiro, abril, maio e julho a dezembro de 2002, no valor total de R\$11.096,20;

O autuado, através de seu patrono, apresentou defesa tempestiva (fls. 766 a 773), na qual, preliminarmente, solicitou que o Auto de Infração seja julgado nulo, por se achar com várias falhas de procedimentos praticadas pelo autuante, tornando indefinida e indeterminada, quanto à sua segurança e certeza, a demonstração do montante do débito tributário.

Alegou que, por ser cadastrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, a apuração do imposto devido pela empresa deve ser calculado mediante aplicação de percentuais, a serem determinados conforme a receita bruta ajustada acumulada, sobre a receita bruta mensal,

com a possibilidade de dedução referente ao incentivo adicional para manutenção e geração de emprego, na forma prevista nos arts. 387-A e 388-A do RICMS/97.

Aduziu que a apuração do ICMS na forma prevista no art. 408-S do RICMS/97, somente se daria após o seu desenquadramento do SimBahia, se existissem os fatos que tiveram dado causa ao mesmo, e que, não existindo procedimentos da autoridade fazendária que possam comprová-lo, em conformidade com o art. 404-A do retrocitado regulamento, nem permissivo regulamentar ou legal para que este ocorra automaticamente por força de um Auto de Infração, seria nulo o lançamento efetuado com base nos critérios de apuração normal do imposto, transcrevendo os artigos citados.

Acrescentou que não foram apresentados documentos que comprovam os dados apontados nos demonstrativos de débitos em que se basearam as infrações, configurando a impossibilidade do autuado de analisar os referidos documentos, tornando estas peças imprestáveis e insuficientes para a sua apuração.

No mérito, solicitou que a apuração do imposto seja efetuada pelos termos definidos no SimBahia, tendo em vista o autuado não ter sido excluído deste regime especial de apuração simplificada. Ao final, requereu a nulidade do Auto de Infração e, sendo ultrapassadas as preliminares, a sua improcedência.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 776 e 777), alegou que a legislação não prevê que a cobrança do ICMS somente deva ser feita após o desenquadramento da empresa, cabendo ao Estado excluir de ofício a empresa do regime, após a infração ter sido constatada e caracterizada através da lavratura de Auto de Infração. Afirmou que o autuado perdeu o direito ao tratamento tributário do SimBahia porque o levantamento fiscal apontou saldo credor de caixa, infração prevista no art. 915, III, conforme os arts. 408-L, V e 408-P, todos do RICMS/97.

Asseverou ainda não ser verdadeira a alegação de que inexistia no processo a apresentação de documentos que comprovem os dados apontados nos demonstrativos, dificultando o exercício de defesa do autuado, já que os valores utilizados, tais como origens e aplicação de Recursos, foram declaradas pela empresa através das DMEs, além de que todas as notas fiscais de aquisição, as quais estão acostadas ao processo, foram apresentadas pelo autuado. Ao final, requereu a procedência da autuação.

O julgador de Primeira Instância emitiu o seguinte voto

“O presente processo exige ICMS pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor na conta Caixa e pela falta de antecipação tributária, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88.

O autuado, por ocasião de sua peça defensiva, preliminarmente, solicitou que o Auto de Infração seja julgado nulo, alegando não poder ser determinado, com segurança e certeza, o montante do débito tributário, e que teve sua defesa cerceada por não terem sido apresentados os documentos que comprovam os dados apontados nos demonstrativos de débitos em que se basearam as infrações.

Considerando que o autuante se baseou nas informações econômico-fiscais declaradas pelo próprio autuado, bem como apresentou demonstrativos dos pagamentos aos fornecedores e, com base nestes elementos, elaborou os demonstrativos das origens e aplicações dos Recursos, os quais o autuado recebeu cópia, rejeito a argüição de nulidade por cerceamento de defesa. Quanto à alegação de insegurança e incerteza relativa ao montante do débito tributário, entendo não prosperar tal argüição, pois todos os demonstrativos estão anexados ao Auto de Infração, estando o mesmo revestido das formalidades legais, já que foram respeitadas as disposições do art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, na Infração 01, entendo ser correta a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis ao regime normal de apuração, pois o RICMS/97, em seu art. 408-S c/c o art. 408-L, V, autoriza o procedimento realizado pela autuante, condicionando à dedução do crédito fiscal de 8% sobre o valor das saídas omitidas, de acordo com o art. 19, §§ 1º e 2º, da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 8.534/02, o que constato ter sido observado pelo autuante.

Observe, inclusive, que nas DMEs apresentadas pelo autuado nos exercícios de 1999 a 2002, ficaram evidenciadas que os valores declarados relativos a vendas de mercadorias foram sempre bastante inferiores às aquisições, conforme demonstrado no quadro abaixo:

EXERCÍCIO	VENDAS	COMPRAS	% COMPRAS/VENDAS
1999	90.044,52	200.034,99	122,15%
2000	73.698,93	229.534,18	211,45%
2001	120.175,70	244.913,22	103,80%
2002	126.565,31	307.955,30	143,32%

Quanto à alegação da não aplicação dos mencionados dispositivos ao autuado pelo fato de ainda não ter ocorrido o seu desenquadramento do SIMBAHIA, entendo que o autuado se equivocou na interpretação, o qual prevê a exigência do ICMS a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento, não implicando que este já tenha sido efetivado pela repartição fazendária, até porque este só poderá ocorrer após a constatação da infração e da sua caracterização através da lavratura de Auto de Infração. Logo, entendo subsistente a infração.

Em relação à Infração 2, verifico que a mesma está suficientemente demonstrada nos autos, não tendo o autuado se manifestado quanto ao seu mérito, não havendo assim lide quanto à mesma. Desta forma, entendo caracterizada a infração.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”

Em seu Recurso Voluntário o recorrente repete basicamente os mesmos argumentos expendidos na defesa para fundamentar, inicialmente a arguição da nulidade do processo e a sua improcedência.

A PGE/ROFIS manifestou-se pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Na assentada de julgamento foi proposta e aprovada pela CJF, como medida saneadora do PAF, diligência a ser cumprida pela ASTEC, no sentido de:

"Calcular o imposto do exercício de 1999 pelo critério do SIMBAHIA, de acordo com o enquadramento da empresa autuada".

O fiscal diligente apresentou a seguinte conclusão:

“Foi recalculado o imposto do exercício de 1999, em relação à infração 1, acrescendo à receita mensal de dezembro/99 as omissões do exercício de 1999, apuradas em dezembro pelo autuante. Sendo assim, com base nos critérios de apuração da Microempresa- Simbahia, foi apurado o imposto no valor de R\$360,00, ficando mantidos os demais exercícios em seus valores originais, conforme demonstrativos e tabelas anexos. O item 1 do presente Auto de Infração originalmente é de R\$10.374,34 podendo passar para R\$360,00.”

O processo retornou à PGE/PROFIS, que volta se manifestar às fls. 842 a 843, nos seguintes termos:

"..... ao analisarmos a diligência efetuada pelo ilustre diligente da ASTEC, constatamos diversas irregularidades no procedimento do autuante que só agora diante da realização da diligencia nos chamou atenção, são as seguintes as irregularidades que encontramos:

- *apuração realizada pelo autuante comprovamos que não foi considerado o saldo inicial de Caixa, apesar do seu Livro estar escriturado;*

- *desprezado o Livro Caixa do contribuinte, apensado às fls. 60 e 107 pelo próprio autuante, de todo o período, sem qualquer explicação do autuante para tal procedimento;*
- *Os valores do faturamento foram retirados dos DME, sem confronto com o Livro Caixa e, principalmente, com os documentos fiscais emitidos no período;*
- *apuração foi anual, em flagrante prejuízo do Erário, seja por atualização monetária do débito, seja pela aplicação dos juros de mora, ambos teriam incidido a menos, pois que são mensais; apesar do atuante dispor destes dados, conforme anexos II fls. 25, 32, 40 e 47, anexos II fls. 26 a 30, 33 a 37, (41 a 44 e 48 a 51) e faturamentos declarados no Livro Caixa;*
- *o contribuinte inscrito na condição de SimBahia, a apuração mensal impede que se determine o valor do imposto devido, sobretudo no exercício de 2.000, que deve ser considerado por este regime até outubro e pelos critérios normais de apuração do imposto a partir de novembro.*
- *que vemos destas observações não pode prosperar o procedimento fiscal da forma em que foi procedido pelo autuante, pois entendemos que se trata de nulidade por vícios insanáveis aqui apresentados.*

A autuada e o autuante foram devidamente intimados da realização da diligência, porém não voltam se manifestar nos autos, até porque parece-nos que estaria atendido pela diligência o reclamo da autuada, muito embora em suas razões de recurso a autuada tenha argüido o que ora indicamos como vícios insanáveis da autuação, a recorrente pugna pela nulidade do auto de infração por entender que não poderia ter sido apurado o imposto devido pela forma que foi por se tratar de empresa enquadrada no SimBahia.

Assim, após estas observações, somos pelo acatamento do pedido de nulidade do procedimento constante do recurso voluntário interposto, porém pelos fundamentos por nós esposados acima, logo nosso parecer de fls. deve ser desconsiderado, como também em relação à revisão efetuada pela ASTEC entendemos prejudicada e que deva ser desconsiderada ante a decretação da nulidade total do procedimento fiscal. Opinamos pelo provimento do recurso voluntário para considerar nulo o presente auto de infração"

Na assentada de julgamento a ilustre procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, pediu vistas aos autos e emitiu o seguinte parecer:

"Trata-se de pedido de vistas aos autos, concedida na sessão do dia 15/02/2006, pelo que passo a analisar as nulidades suscitadas no parecer exarado pela PGE/PROFIS em 08/06/2005.

Ocorre que o saldo inicial de 99, final de 98, foi devidamente considerados como demonstram os levantamentos anexados aos autos. Os saldos iniciais subsequentes não foram considerados em razão de ter sido apurado saldo credor, ou seja, saldo devedor, não podendo evidentemente servir de saldo inicial para o exercício subsequente.

Quanto à utilização das DME's como fonte de dados, observo que os números ali contidos favorecem ao contribuinte, posto que o livro caixa aponta valores inferiores, o que levaria a uma majoração no saldo credor.

O fato da apuração ter sido anual e não mensal, somente favorece o contribuinte, pois os juros e acréscimos tiveram como marco inicial o final do exercício. Quanto a inaplicabilidade da apuração do imposto pelo regime normal, entendo que como a apuração foi anual, ao final do exercício de 2000 a Lei nº 7.556/00 já estava em vigor, estando no meu entender correta a autuação.

Diante disso, não vislumbro os prejuízos ao contribuinte, pelo que entendo, devem ser afastadas as nulidades apontadas, já que é máxima no direito pátrio que "pas nullite sans grief".

Em sendo assim, o meu opinativo é pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário para que o exercício de 99 seja apurado pelo regime SimBahia, conforme resultado da diligência a ASTEC".

VOTO

Inicialmente, quanto ao alegado desenquadramento, este na realidade inocorreu, o que poderá acontecer, por iniciativa da repartição fazendária, após a constatação do cometimento da infração e sua devida caracterização.

No mérito, adotando o opinativo da Dra. Maria Dulce Baleeiro, como razão de decidir, dou PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para acatar a redução do imposto na forma elaborada no parecer da ASTEC.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª 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 279228.0006/04-4, lavrado contra **JOAQUIM BORGES NETO (COMERCIAL SERTÃO DO OESTE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$55.719,06**, sendo R\$4.364,57, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 60% sobre R\$4.004,57 e 70% sobre R\$360,00, previstas no art. 42, II, "d" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, mais R\$51.354,49, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.091,63 e 70% sobre R\$44.262,86, previstas no art 42, II, "d" e III, da lei retromencionada.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de fevereiro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

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