

PROCESSO - A. I. Nº 207140.0003/06-6
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CAMAÇARI INDÚSTRIA DE PISCINAS LTDA.
RECORRIDOS - CAMAÇARI INDÚSTRIA DE PISCINAS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0282-03/06
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 13/03/2007

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0060-12/07

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. Refeitos os cálculos, pela 1ª Instância, o débito apurado foi reduzido. Não acatados os argumentos apresentados no Recurso Voluntário. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. INFRAÇÃO CONSIDERADA COMO DE NATUREZA GRAVE. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Não ficou comprovada a exclusão “de ofício” do contribuinte, do regime simplificado de apuração, condição para a exigência do imposto pelo regime normal, e não subsiste o desenquadramento efetuado mediante Auto de Infração. Infração não caracterizada. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e de Recurso de Ofício, o segundo interposto pela Junta de Julgamento Fiscal, nos termos do art. 169, I, “a”, item 1, do RPAF/99, considerando que o julgamento levado a efeito pela instância originária resultou em sucumbência para a Fazenda Pública. O Auto de Infração, em lide, lavrado em 31/03/2006, refere-se à exigência de R\$467.697,22 de ICMS, acrescido da multa de 50% e 70%, tendo em vista que foram constatadas as seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Consta, na descrição dos fatos, que o contribuinte é inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte (SimBahia), deixou de apresentar diversas notas fiscais de aquisição de mercadorias, cujas cópias foram obtidas junto a fornecedores e ao CFAMT, e as referidas notas fiscais foram consideradas como desembolso, sendo apurados saldos credores de caixa em vários meses, nos exercícios de 2001 a 2004. Valor do débito: R\$234.077,82.
2. Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no SimBahia. Consta, ainda, que o débito foi apurado pelo regime normal de apuração, porque o contribuinte perdeu o direito à adoção do tratamento tributário previsto no SimBahia, em razão da prática de infração de natureza grave.

O julgador de 1ª Instância, ao decidir a lide fiscal, concluiu pela Procedência Parcial do lançamento, conforme voto a seguir transcrito:

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada relativamente à irregularidade apurada, e acostados aos autos os demonstrativos que deram origem à exigência fiscal. Assim, constato que o PAF está revestido das formalidades legais, e não se encontram no presente processo os motivos elencados nos incisos I a IV do art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, a primeira infração trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através saldo credor na conta “caixa”, em diversos meses dos exercícios de 2001 a 2004, conforme demonstrativos acostados aos autos.

Esta infração é apurada verificando-se a regularidade dos lançamentos efetuados na conta “caixa” através da análise da documentação correspondente aos débitos e créditos, verificação das efetivas datas de pagamentos e recebimentos em confronto com os registros efetuados, observando a ordem cronológica. Ao final, deve-se examinar o comportamento dos saldos da conta “caixa” do período em referência.

O 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 e não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos Recursos, estando a irregularidade apurada embasada no art. 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96.

Considerando que nos exercícios fiscalizados o autuado estava inscrito no SIMBAHIA, na condição de Empresa de Pequeno Porte, e sendo apurado saldo credor na conta caixa, a legislação prevê a perda do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, ficando o contribuinte obrigado a recolher pelo regime normal em decorrência da prática de infrações definidas na legislação como de natureza grave. Neste caso, o cálculo do imposto pelo sistema normal de apuração enseja o cancelamento dos benefícios do SIMBAHIA, devendo-se assegurar ao contribuinte o direito de compensar créditos fiscais.

O autuante reconheceu a existência de equívocos na apuração do imposto, por isso, refez os cálculos, conforme demonstrativos às fls. 201 a 234, ficando alterado o imposto exigido para R\$157.544,57, deduzindo o crédito fiscal presumido de 8%, conforme previsto no § 1º, do art. 19, da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.534/2002.

O defendente, ainda não concordou com os novos cálculos apresentados pelo autuante, e apresentou novo demonstrativo à fl. 1503, reconhecendo o débito no valor total de R\$98.082,18, sob a alegação de que, no trabalho fiscal, foram incluídas notas fiscais emitidas pela Gravataí Indústria de Piscinas Ltda, correspondentes ao fornecimento de diversos tipos de moldes, mas essas aquisições não foram pagas, por isso, entende que devem ser expurgadas as notas fiscais em questão.

Confrontando o levantamento fiscal (fls. 201 a 234) com os demonstrativos do autuado (fls. 1504 a 1527) constato que a divergência se refere às aquisições de “moldes para modelagem de fibra” por meio das Notas Fiscais de números 3781, 3981, 4192, 4258, 4310, 4327, 4719, 4753, 4790, 6705, 6836, 7248, 5042, 5224, 5333, 5343, 5372, 5403, 5708, 6397 e 6398 (fls. 1528 a 1548), emitidas pela Gravataí Indústria de Piscinas Ltda., e o autuado alega que não efetuou o pagamento de tais notas fiscais, anexando aos autos um projeto de financiamento apresentado ao Banco do Nordeste, com identificação dos moldes, e informa que o pleito foi negado, comprometendo a realização dos pagamentos.

À fl. 1682, o defendente acostou uma declaração do fornecedor, de que não houve cobrança judicial, mas não trouxe aos autos qualquer comprovação de que esses títulos se encontram em aberto na contabilidade da empresa fornecedora, conforme salientou o autuante em sua informação fiscal. Ademais, o total do débito junto ao remetente das mercadorias é relevante, e não é razoável que o fornecedor fique sem cobrar o que lhe é devido há quatro anos. Portanto, não acato a alegação defensiva e concordo os novos cálculos elaborados pelo autuante, conforme demonstrativo à fl. 210.

Concluo pela subsistência parcial desta infração, haja vista que, após a revisão efetuada pelo autuante, ficou alterado o imposto exigido para R\$157.544,57.

Infração 02: Recolhimento do ICMS efetuado a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte, inscrita no SIMBAHIA, tendo sido apurado o débito pelo regime normal de apuração, em razão da prática de infração de natureza grave, apurado por meio da Auditoria da Conta Caixa.

Observo que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA, foi instituído pela Lei nº 7.357, de 04/11/98, regime que consiste no tratamento tributário diferenciado e simplificado aplicado a categorias de contribuintes do ICMS, como microempresa, empresa de pequeno porte e ambulantes.

O autuado é inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte, e no período fiscalizado, foi considerado pelo autuante que houve desenquadramento do SIMBAHIA, perdendo o tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração, tendo sido apurado o imposto exigido na autuação fiscal pelo regime normal em decorrência da prática de infrações definidas na legislação como de natureza grave.

O desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA pode ocorrer em consequência dos seguintes fatores:

- a) opção manifesta do contribuinte, retornando à sistemática anterior de apuração do imposto;*
- b) em decorrência de inclusão indevida do contribuinte no regime;*
- c) quando o contribuinte extrapola os limites de faturamento fixados na lei, que garantem a fruição do tratamento tributário diferenciado;*
- d) empresa constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;*
- e) quando o contribuinte comete infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.*

De acordo com os esclarecimentos prestados pelo autuante na informação fiscal, o autuado cometeu infração de natureza grave, e neste caso, o tributo foi exigido a partir do momento em que ocorreu a operação sob condição, pelo regime normal de apuração, tendo em vista que ficou evidenciada a existência de saldos credores de caixa após a inclusão de notas fiscais que não foram apresentadas pelo contribuinte. Apresenta o entendimento de que, em momento algum, o RICMS/97 determina que o desenquadramento deve ser efetuado antes do lançamento de ofício calculado sob o regime normal de apuração.

Vale salientar, que o desenquadramento ou exclusão de ofício do regime SIMBAHIA, deve ser efetuado por meio de ato administrativo, ou seja, deve ser comunicado ao contribuinte o desenquadramento determinado de ofício pela autoridade administrativa.

A Lei nº 7357/98 em seu artigo 15, inciso V, estabelece que, perderá o direito à adoção do tratamento simplificado aquele que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, “a critério da autoridade competente”, e o artigo 19 da mesma Lei diz que, ao se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

No presente processo, além de não ter sido efetuado o desenquadramento de ofício e comunicado ao contribuinte, ficou comprovado nos autos, que os motivos ensejadores da exigência fiscal já foram objeto da primeira infração, em que foi já calculado o imposto pelo regime normal de apuração, com a dedução do crédito fiscal presumido de 8%, conforme previsto na legislação.

Portanto, concluo que não foi efetuada a exclusão “de ofício” do contribuinte, do regime simplificado de apuração, condição para a exigência do imposto pelo regime normal, e não subsiste o desenquadramento efetuado através do presente lançamento. Infração não caracterizada”.

No apelo empresarial, subscrito por advogado, pede-se o expurgo da autuação, pertinente ao item 1 (saldo credor de caixa), da parcela referente às aquisições de moldes efetuadas junto à empresa Gravataí Indústria de Piscinas Ltda., sob a alegação de que não houve o pagamento das operações de compra. Em decorrência, a apuração do saldo credor inexistente em face da não ocorrência da quitação das notas fiscais. Colacionou aos autos declaração do fornecedor para

atestar que o débito não foi objeto de cobrança judicial, afirmando, ainda, que o citado fornecedor preferiu manter o licenciado funcionando. Transcreveu doutrina do prof. Paulo Celso Bonilha, para sustentar que o ônus da prova do pagamento, que resultou na imputação fiscal, seria do Estado-fisco. Ressaltou que o remanescente da infração, de elevado valor, no montante de R\$ 98.092,18, em valores históricos, foi reconhecido na impugnação e está sendo pago através de parcelamento, não concordando, todavia, com a parcela composta pelos títulos originários da empresa Gravataí. Ao final requereu o provimento do Recurso.

A Procuradoria Estadual (PGE/PROFIS), através da Procuradora, Dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, observou, inicialmente, que a tese defensiva é no sentido de que algumas notas fiscais emitidas pela empresa Gravataí não foram pagas, pois estavam condicionadas a um financiamento junto ao Banco do Nordeste, que não foi aprovado. Ressaltou, entretanto, que apesar da tese defensiva poder ser considerada razoável, já que a inadimplência é fato comum, as provas carreadas aos autos pelo contribuinte não são contundentes o suficiente para afastar as provas do fisco, que são as notas fiscais, que indicam a forma de pagamento “à vista”. Quanto à declaração prestada pela empresa Gravataí, destacou que a mesma não se fez acompanhar do contrato social para comprovar a legitimidade do seu signatário, além de não indicar com precisão as notas fiscais que não foram pagas, nem tampouco veio acompanhada de cópias dos livros contábeis que indicassem se tais valores se encontravam ainda em aberto. Por fim, argumentou que o fato da empresa declarante ser de outro Estado da Federação impede o fisco baiano de atestar tais fatos, que deveriam ser provados de forma mais robusta pelo autuado.

Concluiu, opinando pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

VOTO

O Recurso Voluntário interposto pelo sujeito passivo objetiva tão-somente excluir da exigência fiscal as parcelas vinculadas às notas fiscais emitidas pela empresa Gravataí, integrantes da auditoria de caixa, que resultou na imputação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis resultante da apuração de saldo credor, e que correspondente ao item 1 do Auto de Infração. A fiscalização considerou que as notas fiscais originárias do fornecedor foram pagas à vista, incorporando os seus respectivos valores na movimentação financeira do contribuinte. A empresa por sua vez, afirma que as aquisições não foram quitadas, permanecendo em aberto a obrigação perante seu fornecedor. Anexou aos autos declaração do vendedor, para atestar a sua afirmativa de que o saldo devedor pendente encontra-se sem cobrança judicial. Declarou, ainda, que a solução das obrigações comerciais foi inviabilizada em decorrência da negativa do Banco de Nordeste em conceder-lhe um financiamento.

Da análise das peças que integram o processo, restou demonstrado que as aquisições dos moldes junto à empresa Gravataí foram realizadas no período de 18/01/2002 a 31/12/2003, ou seja, ao longo de aproximadamente 2 (dois) anos. Considerando que as notas fiscais não indicam que as vendas foram negociadas para pagamento a prazo, é de se deduzir, salvo prova em contrário, que as operações foram contratadas para pagamento à vista, o que nos remete para a prova apresentada pelo contribuinte na peça recursal, correspondente à declaração firmada pelo fornecedor.

Quanto a esta prova entendo que as considerações esboçadas pela Procuradoria Estadual, que refutam a tese defensiva, devem ser adotadas na solução do presente caso. Destarte, apesar da inadimplência ser um fato comum em momento de dificuldades econômicas, as provas carreadas aos autos não são suficientes para elidir a acusação fiscal. Primeiro, em razão dos documentos fiscais indicarem a forma de pagamento “à vista”, não sendo razoável que um fornecedor, ao longo de 2 anos, permaneça entregando mercadorias sem o recebimento da contraprestação. Ressalto, ainda, que as obrigações patrimoniais se sujeitam à prescrição, caso o credor não adote qualquer medida, judicial ou extrajudicial, no sentido de recuperar os seus créditos junto ao devedor. Todavia, mesmo se admitindo a situação de inadimplência apontada pela defesa, os seus reflexos patrimoniais deverão ser registrados na contabilidade das empresas envolvidas. Nenhuma prova contábil foi oferecida pelo autuado que atestasse os fatos alegados, ou seja, que as operações objeto da autuação permanecem exigíveis, portanto, integrantes do passivo contábil da empresa destinatária e, em contrapartida, compondo o ativo da empresa remetente.

Quanto à declaração prestada pela empresa Gravataí, ou seja, em relação aos aspectos formais da “prova” apresentada, há que se destacar que o citado “documento” não se fez acompanhar do contrato social para comprovar a legitimidade do seu signatário, além de não indicar com precisão as notas fiscais que não foram pagas. Portanto, o documento apresentado não certifica ou estabelece a certeza da ocorrência dos fatos alegados pelo recorrente.

Por fim, o fato da empresa declarante ser de outro Estado da Federação impede o fisco baiano de atestar a veracidade das declarações defensivas, que deveriam ser provadas de forma mais robusta pelo autuado, valendo-se, para tanto, de todos os meios admissíveis em direito. Há que se considerar ainda que a empresa Gravataí, em face do volume das operações de vendas, pode ser considerado um fornecedor habitual do autuado, circunstância que facilitaria a obtenção de outros documentos, inclusive contábeis.

Assim, considerando o acima exposto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário, mantendo inalterada a Decisão da Junta de Julgamento Fiscal. Ressalto, entretanto, que tendo em vista que a acusação fiscal que integra o item 1 envolver matéria eminentemente fática, poderá o contribuinte, no controle da legalidade, apresentar as provas cabíveis, a fim de elidir a autuação ou ao menos parte dela, o que tem sido acatado por este CONSEF.

Passo ao exame do Recurso de Ofício. Quanto às parcelas do Auto de Infração julgadas improcedentes pela “*a quo*”, nenhum reparo a ser feito. Acertadamente a Junta adequou o débito da infração 1 aos ditames da legislação do SimBahia, com a concessão do crédito presumido de 8%, tomando por base a revisão efetuada pelo próprio autuante.

Quanto à segunda infração, não pode subsistir o desenquadramento de ofício e conseqüente cobrança do imposto pelo regime normal. Primeiro porque a Lei nº 7.357/98, não prevê hipótese de exclusão do regime simplificado por meio de Auto de Infração. Somente através de procedimento administrativo específico, garantida a ampla defesa, poderia o Estado-Fisco excluir o contribuinte dos benefícios do SimBahia, em obediência ao princípio do devido processo legal. Segundo, em razão dos motivos ensejadores da exigência fiscal do item 2 integrarem também a primeira infração, em que foi calculado o imposto pelo regime normal de apuração, com a dedução do crédito fiscal presumido de 8%. Se acaso fosse mantida a autuação estampada no item 2 da peça de lançamento, haveria dupla exigência de imposto ou “*bis in idem*”, resultando em ilegalidade do lançamento.

Mantenho, portanto, a Decisão de 1ª Instância em relação às parcelas excluídas, e NEGOU PROVIMENTO, também, ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207140.0003/06-6, lavrado contra **CAMAÇARI INDÚSTRIA DE PISCINAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$157.544,57**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2007.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE/RELATOR

PAULA GONÇALVES MORRIS MATOS – REPR. PGE/PROFIS