

PROCESSO - A. I. Nº 269515.0007/06-5
RECORRENTE - ROBEÉLIA GUIMARÃES COSTA GOMES (CONSTRUCENTER)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0302-01/06
ORIGEM - INFAS BARREIRAS
INTERNET - 12/08/2008

2ª CAMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0220-12/08

EMENTA: ICMS. CONTA "CAIXA". SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldos credores de Caixa, a não ser que o contribuinte prove a insubsistência da presunção. Modificada a Decisão recorrida. Reduzido o débito exigido, após os ajustes efetuados mediante diligência fiscal. Infração parcialmente procedente. Recurso PARCIALMENTE PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra Decisão que julgou procedente o Auto de Infração lavrado para imputar ao contribuinte o cometimento de infração a legislação do ICMS, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, exigindo imposto no valor de R\$393.190,86, acrescido da multa de 70%.

O autuado impugna o lançamento, alegando que várias mercadorias tinham o imposto pago antecipadamente, pois, estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, tais como cimento, tintas e vernizes, tijolos, blocos, telhas, manilhas, calhas, azulejos, etc.; também nas operações internas com ferros e aços não planos indicados no inciso V, do artigo 87, a base de cálculo deverá ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação.

Prosegue, dizendo que, em observância ao RICMS/97, cabe a dedução da base de cálculo do débito exigido do valor correspondente às aquisições dos produtos acima mencionados, do total anual durante o período fiscalizado. Relaciona, por exercício, as mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária bem como as com carga tributária de 12%.

Requer que o Auto de Infração seja julgado improcedente e acatada a defesa, reduzindo a exigência de R\$393.160,93 para R\$172.790,80, pelas razões expostas.

O autuante, em sua informação, alega haver constatado que “*as aplicações de Recursos financeiros superam, significativamente, as origens de Recursos que dariam suporte às mencionadas aplicações. Acrescenta que a autuação diz respeito ao fluxo monetário e não de circulação de mercadoria, conforme alegado pelo autuado. Apresenta uma síntese da exigência dizendo que o Fisco quer saber a origem dos Recursos utilizados para pagamento dos compromissos assumidos pelo autuado, cabendo a esta apresentar, se houver, contratos bancários de empréstimos, empréstimos de terceiros com origens comprovadas, relação dos títulos não pagos e protestados por cartório, declaração em papel timbrado com firma*

reconhecida do detentor do crédito concedendo indulto ou perdão da dívida, e outros". Mantem a ação fiscal.

O julgador de Primeira Instância emite o seguinte voto:

"O presente Auto de Infração atribui ao contribuinte o cometimento de infração à legislação do ICMS, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa,

A Lei nº 7.014/96 autoriza no § 4º, do artigo 4º, a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldo credor de Caixa, a não ser que o contribuinte prove a insubsistência da presunção.

Analiso as peças processuais, verifico que o autuado alega que várias mercadorias objeto da autuação tiveram o imposto pago antecipadamente, pois, estavam sujeitas ao regime de substituição tributária, portanto, com a fase de tributação encerrada em virtude do pagamento antecipado do ICMS, assim como que há que se considerar, também, que nas operações internas com ferros e aços não planos indicados no inciso V, do artigo 87, a base de cálculo deverá ser reduzida de tal forma que a incidência do imposto resulte numa carga tributária de 12% sobre o valor da operação.

Relativamente a alegação do autuado, vale esclarecer que o CONSEF tem firmado o entendimento de que, em se tratando de empresas que se dedicam, preponderantemente, ao comércio de mercadorias cujo imposto é pago pelo regime de substituição tributária, não é aplicável qualquer roteiro de fiscalização que implique na exigência de imposto relativo a operações subsequentes, tendo em vista que o referido regime tem como característica o encerramento da fase de tributação das mercadorias. Entretanto, para que o roteiro seja considerado inadequado, pelas razões acima expostas, é indispensável que o volume de negócios com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária seja significativo, preponderante. Caso contrário, prevalece a presunção legal. A meu sentir, o mesmo entendimento deve prevalecer com relação às mercadorias que gozam de redução da base de cálculo nas operações de saídas.

No presente caso, conforme se observa na própria peça de defesa, a preponderância está com as mercadorias que são tributadas normalmente, significando dizer, que as alegações defensivas não podem prosperar, descabendo a exclusão dos valores apontados.

Vale observar que o autuado em nenhum momento ataca a acusação fiscal no que diz respeito à auditoria do fluxo de Caixa, ou seja, não se reporta sobre a origem dos Recursos, limitando-se a requerer a exclusão dos valores relativos às mercadorias que estão sob o regime de substituição tributária e das mercadorias cujas saídas gozam da redução da base de cálculo.

Assim, considerando a existência de saldos credores de Caixa, resta evidente que houve pagamentos com Recursos de origem não comprovada, prevalecendo a presunção, autorizada por lei, de que tais pagamentos, se consideram decorrentes de vendas de mercadorias tributáveis.

Por se tratar de uma presunção relativa, caberia ao contribuinte provar se os Recursos têm outra origem, o que determinaria a improcedência da presunção. No entanto, isto não ocorreu.

Registro, ainda, que o autuante considerando a condição do autuado de empresa optante pelo regime SimBahia na qualidade de Empresa de Pequeno Porte-EPP abateu do valor apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, conforme manda o art. 19 da Lei nº 7357/98 com a redação dada pela Lei 8534/02.

Conforme se observa, os demonstrativos fiscais comprovam a existência de saldos credores de Caixa nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, respectivamente, nos valores de R\$687.382,36, R\$2.533.076,40, R\$1.145.802,83, R\$1.709,59 e R\$816,24. Assim a autuação é integralmente subsistente.

Vota pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.”

Notificada, a empresa apresenta Recurso Voluntário, alegando, essencialmente, que a fiscalização não adotou uma interpretação mais benéfica em seu favor, ou seja, não aplicou a equidade, haja vista que não considerou a parcela das mercadorias sujeitas à substituição tributária nem a redução da base de cálculo nas operações internas, requerendo afinal, a redução do débito para R\$ 172.790,80.

Encaminhado o processo à PGE/PROFIS, o procurador do Estado, José Augusto Martins Junior, após tecer considerações sobre as alegações do recorrente, disse entender que “*nos termos do art. 119, § 1º do COTEB, deve ser apurado o percentual de saídas de mercadorias afetadas pela redução da base de cálculo, no período apurado, e com base nisso ser exigido o ICMS presumidamente omitido, devendo a presente manifestação ser encaminhada ao colendo Conselho de Fazenda Estadual para ser submetida ao crivo desta CORTE JULGADORA.*”

Submetido o processo à pauta suplementar, a Câmara de Julgamento Fiscal aprovou o pedido da Procuradoria e encaminhou o processo à ASTEC para a análise necessária, verificando a proporcionalidade das notas fiscais referentes às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, tendo em conta que o imposto pago pela sistemática de antecipação encerra as fases subsequentes de tributação.

O fiscal diligente da ASTEC, em decorrência do cumprimento da diligência solicitada, apresenta a seguinte conclusão:

“Após verificações na escrita e documentos do autuado, foram elaborados novos demonstrativos de cálculo do imposto devido, com base na proporcionalidade entre as mercadorias com tributação normal e mercadorias com imposto já recolhido pelo regime de substituição tributaria, sendo que o valor original do débito que era R\$ 393.190,86 após a diligência efetuada reduziu para R\$ 351.699,77, conforme demonstrativo de débito a seguir”.

Notificado da diligência, o contribuinte se manifesta às fls. 678/679 contestando os valores apurados, sob o fundamento de que o fiscal diligente somente considerou as entradas sujeitas à substituição tributária, sem levar em conta as entradas referentes às mercadorias beneficiadas com a redução da base de cálculo. Apresenta novos demonstrativos de cálculo com apuração do tributo devido no valor de R\$ 220.400,06.

Encaminhado o processo a PGE/PROFIS para emitir Parecer, tendo em conta as novas ocorrências processuais, o Dr. José Augusto Martins Junior em seu Parecer, após transcrever Acórdão desta Câmara sobre a mesma matéria em julgamento, conclui o seu opinativo, nos seguintes termos:

“Diante disso, entendo correta a depuração do débito em epígrafe, com o devido expurgo das operações referentes ao regime de substituição tributaria do período autuado”.

Opina pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário.

Incluído novamente o processo em pauta suplementar, o procurador assistente, Dr. José Augusto Martins Junior solicitou vistas e emitiu novo Parecer, transcrito integralmente a seguir:

“Nos termos da nomeação contida no Decreto do Senhor Governador do Estado, publicado no DOE em 01 de fevereiro de 2007, bem como em face do art. 46, II, da Lei nº 8.207/2002, em aditamento à manifestação de fls. 684/686 dos autos, venho expor ao Colendo CONSEF que, refutando à exposição tracejada pelo autuado às fls. 678/679, na há como se aplicar nas hipóteses de presunção de omissão de saídas à proporcionalidade referente às operações realizadas com redução da base de cálculo, uma vez que a utilização da indigitada isenção

parcial do imposto é condicionada ao preenchimento dos requisitos previstos na legislação de regência pelo contribuinte, não se podendo falar nesta benesse nos casos da realização de condutas infracionais pelo sujeito passivo, como impõe ao art. 48, I, da Lei nº 7.014/96, restando inaplicável a proporcionalidade. Encaminhe-se ao Egrégio Conselho de Fazendo Estadual - CONSEF”.

VOTO

Inicialmente, acolho o Parecer da ASTEC, para exclusão das mercadorias sujeitas à substituição tributária, através do cálculo da proporcionalidade entre estas e sujeitas a tributação sob o regime normal de apuração. Quanto aos benefícios fiscais, ficou plenamente caracterizado no processo o cometimento da infração, reconhecida parcialmente pelo próprio contribuinte, e assim sendo, assiste razão ao ilustre representante da PGE/PROFIS ao recomendar a aplicação do disposto no art. 48, I, da Lei nº 7.014/96, que apena o contribuinte com o cancelamento dos benefícios fiscais, no caso do descumprimento das exigências ou condições impostas pela legislação, como ocorreu no caso em julgamento. É compreensível que o Estado conceda benefício fiscal apenas àqueles contribuintes que atendam regularmente suas obrigações perante o fisco, sob pena de estabelecer situação desfavorável para os cumpridores da lei.

Em face do exposto, DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso Voluntário para modificar a Decisão recorrida, e julgar o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª 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 269515.0007/06-5, lavrado contra **ROBÉLIA GUIMARÃES COSTA GOMES (CONSTRUCENTER)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$351.699,78**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 28 de julho de 2008.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

FAUZE MIDLEJ – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE – REPR. DA PGE/PROFIS