

PROCESSO - A. I. Nº 276468.0034/07-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e USG COMUNICAÇÃO VISUAL BAHIA LTDA. (SERILON BRASIL)
RECORRIDOS - USG COMUNICAÇÃO VISUAL BAHIA LTDA. (SERILON BRASIL) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0266-04/08
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 25/02/2010

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0009-12/10

EMENTA: ICMS. 1. NULIDADE DE PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INSEGURANÇA NA DETERMINAÇÃO DO VALOR DEVIDO. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. A metodologia empregada na apuração dos valores devidos não possui amparo legal e traz insegurança na determinação do montante devido. Acolhida a preliminar de nulidade. Infração Nula. Modificada a Decisão recorrida. 2. BASE DE CÁLCULO. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. A exclusão, de ofício, do autuado do SIMBAHIA por meio de procedimento sumário realizado pelo próprio autuante no transcurso da ação fiscal não encontra amparo na Lei nº 7357/98. Esse procedimento sumário cerceou o direito de defesa do contribuinte, bem como violou o devido processo legal. Acolhida a preliminar de nulidade. Infração Nula. Modificada a Decisão recorrida. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. O suprimento de Caixa de origem não comprovada indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações tributáveis sem pagamento do imposto, anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Efetuada correção na apuração do imposto. Concedido o crédito de 8% previsto no § 1º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98. Infração parcialmente comprovada. Modificada a Decisão recorrida. 4. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE ENTREGA. MULTA. Por força do disposto nos Decretos nºs 9.426/05 e 9.740/05, as empresas de pequeno porte estavam dispensadas do envio e da manutenção de arquivos magnéticos relativos ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2006. Considerando que o recorrente estava enquadrado na condição de empresa de pequeno porte de julho de 2002 a março de 2005, a infração não subsiste quanto a esse período. Também não subsiste a multa em relação ao mês de maio de 2006, conforme decidido em primeira instância. Quanto aos demais meses, a infração está caracterizada. Efetuada correção na data de ocorrência da infração. Não se justifica a dispensa ou redução da multa. Infração parcialmente subsistente. Multa parcialmente deferida. Indeferida a solicitação de (

NÃO PROVIDO. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 4ª JJF que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, bem como de Recurso de Ofício interposto em razão de o referido julgamento ter desonerado o contribuinte de parte do débito tributário em valor superior ao previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99.

O Auto de Infração, lavrado em 13/09/2007, exige ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, totalizando o valor histórico de R\$ 1.786.010,52, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor o ICMS, no valor de R\$ 118.107,92, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).
2. Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 1.049.578,84, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto.
3. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada. Foi lançado ICMS, no valor de R\$ 459.049,67, mais multa de 70%.
4. Deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigido mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas. Aplicada multa no percentual de 1% sobre o valor das saídas, equivalente a R\$159.274,09.

O autuado apresentou defesa e, inicialmente, afirmou que, quando fora notificado pelo autuante, os seus sócios e o atual contador, Sr. Franciso Lydio, comPareceram à Inspetoria Fazendária de seu domicílio fiscal e informaram que a contabilidade da empresa não correspondia à realidade das compras e vendas e das receitas de serviços. Disse que, naquela oportunidade, foi explicado ao autuante que em razão de problemas entre os sócios a empresa tinha sido cindida, com a constituição de uma nova razão social no Estado do Espírito Santo. mencionou que, em meio a tais circunstâncias, o ex-contador não fez a regular escrituração contábil e nem liberou as planilhas com tais informações, sob o pretexto de que era credor de honorários atrasados.

Afirmou que, após várias tentativas, o atual contador obteve as referidas planilhas contábeis, porém sem a assinatura do ex-contador e com distorções de valores. Assinalou que, embora o atual contador tenha insistido para que o autuante utilizasse os livros fiscais da empresa, as notas fiscais e os registros do CFAMT para conduzir a ação fiscal, o auditor fiscal solicitou a elaboração do Demonstrativo de Caixa, devidamente encadernado e assinado por um profissional competente, tendo como base as próprias planilhas. Destacou que, ante as distorções existentes nas planilhas, o atual contador se recusou a elaborar o Demonstrativo de Caixa. Dessa forma, foi contratado o serviço da contadora Marli Alencar, que elaborou um Demonstrativo do Livro Caixa com vícios, baseado em planilhas errôneas.

Referindo-se à Infração 1, o autuado alegou que o débito não condizia com a realidade, já que a autuação estava baseada no referido Demonstrativo do Livro Caixa. Destacou que equivocadamente tinha sido aplicada a alíquota de 17% sobre as diferenças encontradas, deixando-se de observar que a empresa, no período de julho de 2002 a dezembro de 2003, estava enquadrada no regime do SimBahia. Disse que estava juntando ao processo planilhas de Cálculo do Recolhimento do ICMS de Empresas SimBahia e de Demonstrativo - Apuração do ICMS, ambas elaboradas com base nas notas fiscais emitidas.

Quanto à Infração 2, além de alegar que o levantamento estava baseado no citado Demonstrativo do Livro Caixa, asseverou que foram desconsideradas as operações de saída de produtos deste Estado, para as quais deveria incidir a alíquota de 12%.

Em relação à Infração 3, alegou que o autuante tinha incorrido em o mesmo tempo em que sustentava a existência de suprimento comprovada, também afirmava que o valor fora lançado so

(“factoring”). Frisou que o autuante sequer requereu a apresentação do referido contrato. Destacou que na apuração do débito havia equívocos, já que nos meses de janeiro e junho de 2004 os valores corretos são de, respectivamente, R\$ 46.609,12 e R\$ 266.643,26.

Enfatizou que o autuante considerou totais contábeis, em vez dos valores dos suprimentos de “factoring”, os quais não chegaram aos montantes que estavam escriturados, conforme comprovavam os contratos existentes e que foram dispensados pelo autuante. Afirmou que os erros do Demonstrativo do Livro Caixa foram lançados englobando contas a receber com empréstimo de “factoring”.

Quanto à Infração 4, argumentou que a multa fora indevidamente aplicada, uma vez que os Decretos nºs 9.426 e 9.740, ambos de 2005, previam a dispensa das empresas de pequeno porte do envio e manutenção de arquivos magnéticos, no período de janeiro de 2000 a dezembro de 2006.

Solicitou a realização de revisão do lançamento por auditores fiscais estranhos ao feito e requereu que o Auto de Infração fosse julgado nulo.

Na informação fiscal, o autuante destacou que a contadora Marli Alencar de Matos Braga constava nos cadastros da SEFAZ como a responsável pela contabilidade da empresa. Disse que foi essa contadora quem tinha assinado os livros de Apuração de ICMS, de Entradas e de Saídas, conforme se pode observar às fls. 237, 254, 255, 269, 270, 295, 296, 330, 231, 362, 363 e 385 dos autos.

No que tange à infração 1, o autuante manteve a autuação. Sustentou que os valores constantes nos livros fiscais eram compatíveis com os lançados no “Resumo de Caixa”, demonstrando, assim, a confiabilidade dos montantes das entradas. Aduziu que, em relação às operações de saídas, não obteve acesso às correspondentes notas fiscais. Afirmou que havia divergências entre os livros fiscais e o “Demonstrativo de Caixa”, porém os registros efetuados neste último eram compatíveis com o caixa da empresa, o que evidenciava incorreções nos lançamentos realizados nos livros Registro de Saídas e Registro de Apuração de ICMS.

Quanto à Infração 2, o autuante afirmou que até aquele momento não tinha sido apresentado qualquer demonstrativo. Disse que a alíquota aplicada estava correta e ratificou a ação fiscal.

Em relação à Infração 3, frisou que o autuado, apesar de intimado à comprovação dos suprimentos de caixa (fl. 23), nada apresentou. Reconheceu a existência de erros materiais nos lançamentos dos empréstimos de “factoring” meses de janeiro e junho de 2004 (fls. 162 e 172), passando os débitos referentes a esses meses para, respectivamente, R\$ 7.923,55, e R\$ 45.329,35.

No tocante à Infração 4, o autuante manteve a exigência fiscal, argumentando que a obrigação acessória decorria de expressa determinação legal.

Após a informação fiscal, o autuado acostou ao processo as planilhas de fls. 1.511 a 1514. Tendo em vista a apresentação dessas planilhas, o processo foi convertido em diligência para que o autuante sobre elas se pronunciasse.

Ao se pronunciar nos autos, o autuante reiterou os termos da informação fiscal.

Às fls. 1.525 a 1.527, o autuado se pronunciou nos autos e, inicialmente, reconheceu que a senhora Marli Alencar de Matos Braga era a sua contadora, bem como afirmou que o “Demonstrativo de Caixa” tinha sido elaborado com base em planilhas feitas pelo contador Albérico Souza Silva. Como exemplo de equívocos contidos nessas planilhas, afirmou que no mês de maio de 2006, na fl. 11 do citado “Demonstrativo de Caixa”, (fl. 221 dos autos) foram lançados valores pertencentes à empresa Petroima Indústria Comércio e Serviço Ltda. Mencionou que todas as notas fiscais e os descontos de “factoring” estavam à disposição do fisco.

O autuante voltou a se pronunciar à fl. 1.538, porém se limitou a ratificar os termos dos pronunciamentos anteriores.

Por meio do Acórdão JJF Nº 0266-04/08 (fls. 1541 a 1548), o A
Procedente em Parte.

Inicialmente, a ilustre relatora indeferiu a solicitação de diligência e, em seguida, afirmou que o lançamento não continha qualquer vício capaz de acarretar a sua nulidade.

Referindo-se à Infração 1, a ilustre relatora discorreu sobre o enquadramento dos contribuintes no regime do SimBahia e, em seguida, votou pela procedência desse item do lançamento, argumentando que o procedimento adotado pelo autuante – considerar como receitas auferidas os valores lançadas no livro Caixa – era coerente e que, além disso, o autuado não tinha apontado erro no levantamento realizado.

Quanto à Infração 2, a ilustre relatora afirmou que constava “no banco de dados da SEFAZ, que o contribuinte a partir de 01/04/2005, passou a apurar o imposto pelo regime normal, saindo da condição de EPP, anteriormente inscrito”. Prosseguindo, afirmou que o procedimento adotado pelo autuante estava correto e, ao final, votou pela procedência desse item da autuação.

A Infração 3 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 429.406,21, tendo a ilustre relatora fundamentado o seu voto, em síntese, da seguinte forma:

“Na infração 03 está sedo exigido ICMS em decorrência de suprimento de caixa de origem não comprovada. Foi detectado que ocorreu suprimento de caixa de origem não comprovada sob a rubrica de empréstimo-factoring e conta transitória, conforme demonstrativo de fl. 29.

[...]

A defesa argumenta que o autuante baseou-se no livro Caixa, quando deveria ter utilizado os montantes extraídos das planilhas do movimento das operações de factoring, em razão da ocorrência de vícios no livro Caixa.

Também aponta que na própria planilha o autuante laborou em erros, no mês de janeiro de 2004, onde o empréstimo perfaz o total de R\$ 46.609,12, e não de R\$ 136.124,29, como apontado, e em junho de 2004, o valor correto seria de R\$ 266.643,26 e não de R\$ 351.501,38. Argüiu também que o autuante dispensou a apresentação dos contratos de factoring, o que provaria que os valores não chegam aos que foram considerados no lançamento fiscal.

Como se pode constatar, na informação fiscal, fl. 1.506, o autuante reconheceu o cometimento dos equívocos, com relação aos meses de janeiro e de junho de 2004, retificando o lançamento, naqueles meses, o que resultou no ICMS exigido de R\$ 7.923,55 no mês de janeiro e de R\$ 45.329,35 no mês de junho de 2004, no que concordo.

Quanto aos demais meses, objeto da autuação, considero correto o levantamento original, haja vista que o contribuinte não comprovou a origem dos recursos, quando poderia ter apresentado os contratos de factoring, mas não o fez até o momento.

Outrossim, consta na intimação de fl. 23: “comprovar os empréstimos lançados nos livros Demonstrativo de Caixa – quer tenham sido tomados junto a empresas de fomento mercantil (factoring) ou junto a qualquer outra pessoa – mediante a apresentação dos respectivos contratos, extratos bancários, duplicatas, cheques, enfim, todo e qualquer documento idôneo.”

Quanto à alegação da empresa Petroima Indústria Comércio e Serviço Ltda., conforme Demonstrativo do Livro Caixa, fl. 1.528, competência maio/2006, verifico que naquele mês não há ICMS exigido nesta infração.”

A Infração 04 foi julgada procedente em parte, no valor de R\$ 154.969,19. Explicou a ilustre relatora que o autuado era usuário de SEPD (fls. 89/90) e utilizava o sistema de processamento de dados para emissão de notas fiscais desde 26/06/2002 e, dessa forma, estava obrigado a entregar os referidos arquivos magnéticos. Todavia, excluiu desse item da autuação o valor de R\$ 4.304,90, referente à ocorrência de 31.05.2006, atinente às saídas de mercadorias da empresa Petroima Indústria Comércio e Serviço Ltda., conforme fl. 1.528.

Considerando que o valor da desoneração do sujeito passivo ultrapassava o limite previsto no art. 169, I, “a”, “1”, do RPAF/99, a primeira instância recorreu de ofício de sua Decisão.

Inconformado com a Decisão proferida pela primeira instância, o sujeito passivo apresenta o Recurso Voluntário de fls. 1615 a 1621, datado de 24 de setembro de 2008.

Inicialmente, o recorrente alega que, na Decisão recorrida, a 4ª JF (existentes no “Demonstrativo do Livro Caixa”, fato que tinha sido que, no seu entendimento, o autuante errou ao utilizar o “Livro (utilizado do CFAMT e dos livros fiscais. Em seguida, o recorrente

acatado o que foi aduzido na defesa inicial e, para tanto, acosta às fls.1617 a 1621 uma cópia da referida defesa, a qual já foi sintetizada no início deste relatório.

Em 01/10/08, tempestivamente, o recorrente complementou o seu Recurso Voluntário, conforme a petição de fls. 1558 a 1583.

Após ressaltar a magnitude do montante cobrado no lançamento e a sua condição de empresa de pequeno porte, o recorrente passa a abordar a Infração 01, alegando que a fiscalização deveria melhor avaliar os demais livros fiscais da empresa, especialmente os livros de entrada e saída de mercadorias, antes de concluir que houve insuficiência no recolhimento do ICMS. Afirma que, na apuração do imposto, foi indevidamente utilizada a alíquota de 17%, bem como não foi considerado o desconto referente ao número de empregados registrados na empresa.

O recorrente afirma que a Infração 2 é nula, pois, no período fiscalizado, estava inscrito no regime do SimBahia e, portanto, era regido pela Lei nº 7.357/98 c/c artigo 383-A e seguintes do RICMS-BA, com a redação vigente à época. Destaca que, dessa forma, a exigência do imposto pelo regime Normal de apuração estava condicionada a prévio desenquadramento de ofício do regime simplificado, em procedimento administrativo próprio, decidido pela autoridade administrativa competente, que não era o próprio autuante. Para comprovar as suas alegações, o recorrente acostou ao processo fotocópia de DAEs, bem como transcreveu trechos de votos proferidos neste CONSEF. Aduz que a SEFAZ, em um relatório denominado “Sistema de Gestão dos Procedimentos e Rotinas Informatizadas”, descreve, com minúcias, todas as etapas a serem percorridas no procedimento de desenquadramento SIMBAHIA.

Sustenta o recorrente que, apurando-se infração grave ao regime simplificado, deve o auditor fiscal propor ao inspetor fazendário o desenquadramento do contribuinte do SimBahia e, apenas após o desenquadramento, poderá o imposto ser cobrado pelo regime Normal, com a concessão do crédito de 8%, previsto no artigo 408-S, do RICMS-BA. Destaca que, no entanto, esse procedimento não foi observado, o que afrontou os princípios do devido processo legal e da estrita legalidade. Menciona que a primeira instância não demonstrou como e quando ocorreu o desenquadramento, limitando-se a afirmar que o contribuinte a partir de 01/04/05 estava submetido ao regime Normal.

Quanto à Infração 3, o recorrente alega que está havendo uma superposição de exigências no período de 31/08/05 a 28/02/06, uma vez que tal período já fora autuado na Infração 2. Diz que, desse modo, está sendo cobrado ICMS em duplicidade e, em consequência, devem ser excluídos desse item do lançamento os valores de R\$ 41.132,96, R\$ 29.348,32, R\$ 8.003,96 e R\$ 34.647,75.

Afirma que o imposto lançado decorre de uma presunção, cujo valor probante já foi contestado pelo Supremo Tribunal Federal, especialmente quando se trata de questões relativas ao ICMS, pois não há qualquer prova material de que o recorrente tenha omitido saídas de produtos tributáveis. Sustenta que os recursos autuados possuem origem definida e comprovada, não representando, de modo algum, valores provenientes de fatos geradores do ICMS. Aduz que tais recursos foram devidamente contabilizados, não havendo razão, portanto, para a autuação, especialmente porque o próprio fiscal reconheceu a origem como empréstimos.

Prosseguindo em seu arrazoado, o recorrente discorre sobre suprimento de caixa de origem não comprovada à luz da legislação do Imposto de Renda e, em seguida, afirma que o mero suprimento de caixa não revela a ocorrência de fato gerador do ICMS, pois não há como se presumir que o recurso advenha de fatos que traduzam valor agregado em operações mercantis. Para embasar sua tese, cita Decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal.

Após afirmar que às vezes os seus sócios contraem empréstimos para suprir as suas necessidades de recursos, o recorrente afirma que consta na descrição da infração que os recursos identificados no livro caixa foram registrados como “empréstimo-factoring” e, portanto, era contraditória a conclusão de que o recorrente não tinha comprovado a origem de
termos dos artigos 586 a 592 do Código Civil, o contrato de mútuo

portanto, não reclama a forma escrita. Para embasar sua alegação, cita doutrina, transcreve dispositivos do Código Civil e faz alusão à Decisão proferida neste CONSEF.

Quanto à Infração 4, o recorrente alega que estava enquadrado no regime do SIMBAHIA e, por força do disposto nos Decretos nºs 9.426 e 9.740, ambos de 2005, estava dispensado de enviar e de manter arquivos magnéticos referentes ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2006.

Diz que, supondo a possibilidade de exigência do arquivo magnético no período indicado, a conduta registrada na infração em exame refere-se a descumprimento de intimação para apresentação dos arquivos magnéticos do período de 2002/2006 e, dessa forma, em vez da multa aplicada o autuante deveria ter aplicado a pena prevista na alínea “b” do inciso XX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, no valor de R\$ 180,00, conforme já decidiu esta 2ª CJF ao apreciar o Recurso referente ao Auto de Infração nº 269141.0008/03-9 e no Acórdão CJF nº 0206-12/05, cujos votos foram parcialmente transcritos.

Sustenta que a multa indicada na autuação é de duvidosa constitucionalidade, pois é extremamente desproporcional e termina por atentar contra o patrimônio do contribuinte. Afirma que, amparado no Acórdão 0206-12/05, a multa a ser aplicada na Infração 04 é aquela prevista no artigo 42, inciso XX, alínea “a”, no valor fixo de R\$ 90,00, por descumprimento da primeira intimação para entrega de arquivos magnéticos que não contenham valores de operações de saídas e entradas do estabelecimento, conforme redação vigente à época dos fatos geradores.

Ainda quanto à Infração 4, diz que é plenamente aplicável ao caso o disposto no §7º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que prevê a dispensa ou redução de multa decorrente de descumprimento de obrigação tributária acessória. Frisa que o não fornecimento dos arquivos magnéticos não resultou de ato intencional, mas porque entendia que estava amparado pelos Decretos nºs 9.426 e 9.740, que lhe dispensavam do envio do referidos arquivos. Diz que a jurisprudência da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal entende que a multa deve ser reduzida para 10% do valor original, aplicando os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, bem como o artigo 42, §7º, da Lei nº 7.014/96. Para embasar sua argumentação, o recorrente transcreve trecho do voto proferido nos Acórdãos CJF Nºs 0206-12/05 e 0542-12/06, os quais reduziram a multa para o patamar de 10% (dez por cento) do valor originalmente lançado.

Ao finalizar, o recorrente solicita que seja decretada a nulidade das Infrações 01 e 02, que seja julgada improcedente ou procedente em parte a Infração 03 e que seja cancelada ou reduzida a multa referente à Infração 04.

Ao se pronunciar nos autos, a representante da PGE/PROFIS sugere a conversão do processo em diligência, para que seja o autuado intimado a esclarecer qual das duas petições apresentadas deve ser processada como Recurso Voluntário.

Após apreciação em pauta suplementar, decidiu a 2ª CJF não acolher a sugestão da representante da PGE/PROFIS, pois o Recurso de fls. 1558/1583 deveria ser considerado como um aditamento ao de fls. 1615/1621.

Ao exarar o Parecer conclusivo de fls. 1629 a 1631, a ilustre representante da PGE/PROFIS afirma que, em relação à Infração 01, não assiste razão ao recorrente, pois o autuante apurou, através do Livro caixa, que a receita bruta do ano anterior superou os limites previstos em lei e, desse modo, exige o ICMS correspondente à diferença. Diz que as planilhas de fls. 25 e 26 revelam que os cálculos feitos pelo autuante e, inclusive com a indicação do desconto referente aos empregados registrados está correta.

Quanto à Infração 2, afirma a ilustre Parecerista que os valores encontrados pelo autuante são os escriturados no livro Caixa da empresa, a qual não logrou comprovar os equívocos alegados, pelo que deve tal escrituração fazer prova a favor do fisco. Diz que, à luz do disposto no artigo 19 da Lei nº 7.357/98, cujo teor transcreveu, não vislumbra amparo ao recorrente deveria ter sido previamente desenquadrado do regime apuração do imposto pelo regime Normal. Diz que as decisões cita

da necessidade de prévio desenquadramento são esparsas e não refletem um entendimento pacificado nas Câmaras.

No que tange à Infração 3, afirma que não há duplicidade na cobrança de ICMS, pois as Infrações 2 e 3 são diferentes. Diz que o recorrente não comprovou os empréstimos obtidos junto a empresas de “factoring” e, portanto, não foi elidida a presunção legal, o que acarretava a procedência da infração em tela.

Quanto à Infração 4, sustenta que as decisões citadas pelo recorrente não se aplicam ao caso em tela, já que se referem a legislação modificada. Frisa que esse item do lançamento trata da falta de apresentação de arquivos magnéticos ao fisco, quando regulamente intimado. Destaca que caberá ao CONSEF apreciar o pedido de redução ou cancelamento da multa.

Ao finalizar seu Parecer, a ilustre representante da PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

Trata o Recurso de Ofício da Decisão de primeira instância que julgou procedente em parte as Infrações 3 e 4.

Quanto à Infração 3, a sucumbência da Fazenda Pública Estadual decorreu da retificação dos valores devidos nos meses de janeiro e junho de 2004, que passaram de R\$ 23.141,13 e R\$ 59.755,23 para, respectivamente, R\$ 7.923,55 e R\$ 45.329,35.

Ao se confrontar “Demonstrativo Suprimento de Caixa de Origem Não Comprovada” (fl. 29) com o livro “Demonstrativo do Livro Caixa” (fls. 162 e 172), constata-se que os valores lançados a título de “Empréstimo – Factoring” divergiam dos que foram considerados equivocadamente pelo autuante. Saliento que esses equívocos foram expressamente reconhecidos pelo próprio autuante na informação fiscal. Dessa forma, não há reparo a fazer na Decisão recorrida quanto a esse item do lançamento.

Na Infração 4, o recorrido foi acusado de ter deixado de entregar arquivos magnéticos exigidos mediante intimação. Por essa inobservância de uma obrigação tributária acessória, foi aplicada multa no valor de R\$ 159.274,09. Na Decisão recorrida, essa infração foi julgada procedente em parte no valor de R\$ 154.969,19, em razão da exclusão do débito referente ao mês de ocorrência de maio de 2006.

Também não há reparo a fazer na Decisão recorrida, haja vista que o valor excluído da autuação (R\$ 4.304,90) decorreu do fato de que o valor das operações de saídas considerado pelo autuante era referente a uma empresa diversa do recorrido (Petroima Indústria, Comércio e Serviços Ltda.), conforme se observa ao se cotejar o “Demonstrativo – Multa Falta de Apresentação Síntegra” elaborado pelo autuante e acostado à fl. 30 com as fotocópias do livro “Demonstrativo do Livro Caixa” anexadas às fls. 221 e 1528.

Pelo acima exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

Adentrando no Recurso Voluntário, inicialmente, passo a apreciar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente e constato que o procedimento adotado pelo autuante contém vício que macula de nulidade esse item do lançamento, conforme passo a demonstrar.

As peças processuais mostram que, efetivamente, o recorrente deixou de apresentar à fiscalização documentos fiscais necessários à realização da auditoria dos recolhimentos realizados na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime do SIMBAHIA. Em razão da ausência dos documentos fiscais, o roteiro de auditoria fiscal foi realizado com base em dados obtidos do “Demonstrativo do Livro Caixa”.

Para apurar a receita bruta ajustada de cada mês abrangido pela ação, o valor das aquisições mensais consignadas no “Demonstrativo do Livro Caixa” em forma globalizada. Com base nesses registros não há como se saber

àquelas aquisições são atinentes às compras efetuadas nos respectivos meses, ou se dentro daqueles valores há parcelas referentes a aquisições anteriores efetuadas a prazo.

Pelo acima exposto, considero que a forma como foi apurado o imposto lançado não encontra amparo na legislação, viola o devido processo legal e traz insegurança na determinação da infração e do montante devido, acarretando a nulidade desse item do lançamento, nos termos do art. 18, IV, “a”, do RPAF/99.

Nos termos do artigo 21, do RPAF/99, recomenda-se à autoridade competente o refazimento desse item do lançamento, a salvo de falha.

A Infração 2 versa sobre recolhimento a menos de ICMS, no valor de 1.049.578,84, em razão de erro na apuração dos valores do imposto, conforme o demonstrativo de fls. 27 e 28.

Segundo as DMEs de fls. 100 a 107 e o extrato de INC – Informações do Contribuinte de fl. 91, no período de junho de 2002 a março de 2005, o recorrente estava enquadrado no regime do SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte. No entanto, na infração em tela o ICMS lançado foi calculado de acordo com o regime Normal de apuração, tendo o autuante consignado na descrição dos fatos que *“A partir de janeiro de 2004, o Contribuinte já não fazia jus ao SimBahia, devia ter calculado o imposto com base no conta-corrente fiscal, como contribuinte normal.”* Por seu turno, o demonstrativo de fls. 27 e 28 não há dúvida que o imposto em questão foi apurado segundo o regime Normal, já a partir de janeiro de 2004.

Nos autos não há provas de que o recorrente tenha informado ao fisco que, durante o exercício de 2003, tinha ultrapassado o limite para continuar no regime do SimBahia. O que se constata é que o autuante, de ofício, desenquadrou o recorrente do SimBahia mediante a lavratura do Auto de Infração em tela, o que não encontra respaldo na legislação e nem na jurisprudência administrativa firmada neste CONSEF. O desenquadramento de ofício cabe à autoridade fazendária do domicílio fiscal do contribuinte, sendo o contribuinte cientificado deste ato, nos termos do art. 384-A, §§ 5º e 9º, do RICMS.

Quanto ao período posterior a março de 2005, a autuação também não pode prosperar, pois a metodologia empregada pelo autuante foi uma simples continuação da apuração feita nos meses anteriores, quando sabemos que a partir do mês de março o recorrente já estava enquadrado no regime normal e possuía os livros necessários à apuração do imposto pelos critérios previstos para as empresas desse regime de apuração. Também se observa que, na apuração do imposto, não foram considerados os créditos fiscais a que fazia jus o recorrente ao sair do Regime Simplificado de Apuração, conforme previsto no artigo 408-B, do RICMS-BA.

Dessa forma, a apuração do ICMS cobrado na Infração 02 pelo regime Normal não encontra amparo na legislação tributária e viola os princípios do devido processo legal e da ampla defesa. Dessa forma, a Infração 02 é nula, devendo a repartição fazendária competente providenciar o refazimento da ação fiscal, a salvo de falhas, nos termos do artigo 21 do RPAF/99.

Na Infração 03, o recorrente foi acusado de ter omitido operações de saídas de mercadorias tributáveis, tendo sido a irregularidade apurada mediante a constatação da ocorrência de suprimentos de caixa de origem não comprovada. Na Decisão recorrida, esse item do lançamento foi julgado procedente em parte, tendo em vista a correção efetuada em relação aos meses de janeiro e junho de 2004.

Cotejando o “Demonstrativo Suprimento de Caixa de Origem Não Comprovada” de fl. 29 com o livro “Demonstrativo do Livro Caixa” de fls. 119 a 236, constata-se que nesse referido livro foram contabilizados ingressos de recursos no Caixa da empresa autuada, lançados a título de “Empréstimos – *Factoring*”.

Visando comprovar a origem e o efetivo ingresso dos recursos lançados a título de “Empréstimos – *Factoring*”, o recorrente foi intimado a apresentar comprovação conforme comprova o Termo de Intimação à fl. 23. Até a presente data, não foi apresentada qualquer comprovação desses referidos lançamentos.

caracterizada a ocorrência de suprimentos de caixa de origem não comprovada e, portanto, nos termos do disposto no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 está autorizada a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, cabendo ao recorrente comprovar a improcedência dessa presunção legal, não cabendo a este colegiado questionar a constitucionalidade ou negar a aplicação desse dispositivo legal, não obstante a abalizada tese trazida pelo recorrente.

O recorrente alega que há contradição na acusação, que houve cobrança de imposto em duplicidade, que o suprimento de caixa de origem não comprovada não atesta a ocorrência do fato gerador do ICMS, que os seus sócios contraíram empréstimos para suprir as necessidades da empresa e que os contratos de mútuo não exigem forma especial.

Na acusação feita ao recorrente não há qualquer contradição. O mero lançamento de ingresso de recurso na conta Caixa a título de “Empréstimo – Factoring”, não comprova a origem do recurso e nem o efetivo ingresso do recurso no caixa da empresa, pois todo lançamento realizado na escrita contábil deve estar amparado em documento comprobatório, o que não se verificou no caso em tela. Dessa forma, não houve a alegada contradição nesse item do lançamento.

Confrontando as acusações feitas nas Infrações 2 e 3, não se vislumbra qualquer exigência fiscal em duplicidade, uma vez que as acusações são diferentes, não obstante haver um lapso temporal em comum. Ademais, a Infração 2 foi desconstituída, não havendo, assim, como prosperar a alegação de duplicidade de cobrança.

O recorrente alegou que os seus sócios efetuaram empréstimos para suprir as suas necessidades de recursos, porém não trouxe ao processo provas desses empréstimos e nem a comprovação do ingresso desses recursos no caixa da empresa. Os simples lançamentos contábeis, conforme já dito acima, não é prova suficiente da origem e nem do ingresso dos recursos na empresa. Dessa forma, as alegações recursais referentes aos supostos contratos de mútuo não elidem a acusação.

Pelo acima exposto, considero que as alegações trazidas em Primeira e Segunda Instâncias não se mostram capazes de provar a improcedência da presunção legal. Todavia, observo que há uma correção a ser efetuada no cálculo do imposto devido, conforme passo a demonstrar.

Conforme o extrato do INC – Informação do Contribuinte acostado à fl. 91, de junho de 2002 a abril de 2005, o recorrente estava enquadrado no regime do SimBahia, na condição de empresa de pequeno porte. Nos termos do disposto no artigo 19, § 1º, da Lei nº 7357/98, considerando que a infração em tela é considerada como de natureza grave, o imposto a recolher deveria ter sido apurado com a concessão do crédito de 8%.

Em razão dessa retificação citada acima, a Infração 3 subsiste em parte no valor de R\$ 283.698,98, com a correção dos valores devidos em relação ao período de março de 2003 a fevereiro de 2005, conforme o demonstrativo apresentado a seguir:

Data Ocorrência a	ICMS A.I. b	ICMS 1ª Inst. c	Crédito 8% d	ICMS Devido e = (c-d)
mar/03	8.006,55	8.006,55	640,52	7.366,03
jan/04	23.141,13	7.923,55	3.728,73	4.194,82
fev/04	9.737,60	9.737,60	4.582,40	5.155,20
abr/04	12.526,47	12.526,47	5.894,81	6.631,66
mai/04	42.566,89	42.566,89	20.031,48	22.535,41
jun/04	59.755,23	45.329,35	21.331,49	23.997,86
jul/04	35.841,00	35.841,00	16.866,35	18.974,65
ago/04	36.440,41	36.440,41	17.148,43	19.291,98
set/04	8.212,47	8.212,47	3.864,69	4.347,78
out/04	27.764,12	27.764,12	13.065,47	14.698,65
nov/04	40.969,54	40.969,54	19.279,78	21.689,76
dez/04	4.842,04	4.842,04	2.278,61	2.563,43
jan/05	23.634,78	23.634,78	11.122,25	12.512,53
fev/05	12.478,45	12.478,45	5.872,21	6.606,24
ago/05	41.132,96	41.132,96	--	41.132,96
dez/05	29.348,32	29.348,32	--	29.348,32
jan/06	8.003,96	8.003,96	--	8.003,96
fev/06	34.647,75	34.647,75	--	34.647,75
TOTAL	459.049,67	429.406,21	--	283.698,98

Cuida a Infração 04 da falta de apresentação de arquivos magnéticos, solicitados mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas no período de julho de 2002 a dezembro de 2006.

O extrato do INC – Informações do Contribuinte de fl. 89 comprova que desde 26/06/02 o recorrente era usuário de sistema eletrônico de processamento de dados para fins de emissão de nota fiscal de empresa de pequeno porte. Dessa forma, nos termos do artigo 708-A do RICMS-BA, estava obrigado a mensalmente enviar ao fisco os arquivos magnéticos com as operações ou prestações realizadas. Todavia, o disposto no artigo 3º, do Decreto nº 9.426/05, previa que:

Art. 3º Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, ficam dispensados, no período de 1º de janeiro de 2000 até 31 de dezembro de 2005, da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

I - das exigidas no Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, tratando-se de contribuinte:

- a) que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;*
- b) inscrito no CAD-ICMS na condição de empresa de pequeno porte;*

Por seu turno, o disposto no artigo 3º, do Decreto nº 9.740/05, previa que:

Art. 3º Os usuários de Sistema Eletrônico de Processamento de Dados – SEPD, inscritos na condição de normal com faturamento no ano de 2005 inferior a R\$ 2,4 milhões ficam dispensados até 30 de junho de 2006 da entrega, em arquivo magnético, das seguintes informações:

I - das exigidas no Capítulo I do Título IV do Regulamento do ICMS, aprovado pelo Decreto nº 6.284, de 14 de março de 1997, tratando-se de contribuinte que utilize SEPD exclusivamente para emissão de cupom fiscal;

II - dos Registros 60 R e 61 R, tratando-se de contribuintes que utilize SEPD somente para emissão de cupom fiscal e escrituração de livros fiscais;

§ 1º A dispensa de que trata o caput deste artigo se estenderá às empresas inscritas na condição de pequeno porte até 31 de dezembro de 2006.

Considerando que no período de julho de 2002 a março de 2005, o recorrente estava enquadrado como empresa de pequeno porte, a Infração 04 não pode subsistir quanto a esses referidos meses, bem como em relação ao mês de maio de 2006, o qual já foi excluído na Decisão recorrida.

Quanto aos demais meses, quando o recorrente já estava enquadrado em infração subsiste. Dessa forma, a Infração 04 resta parcialmente

R\$ 87.348,93, em razão da exclusão dos débitos referentes aos meses de julho de 2002 a março de 2005 (no total de R\$ 67.620,26) e de maio de 2006 (no valor de R\$ 4.304,90).

Além da retificação acima, também carece de correção a data de ocorrência da Infração 04, pois a falta de apresentação dos arquivos magnéticos só ficou caracterizada depois de decorrido o prazo de trinta dias previstos na intimação de fl. 19, a qual datava de 02 de abril de 2007. Dessa forma, a data de ocorrência e de vencimento da Infração 04 fica retificada para o dia 03 de maio de 2007.

Quanto à solicitação de dispensa ou de redução da multa, não vislumbro nos autos a presença de elementos que justifiquem o atendimento do pleito recursal. Saliento que os acórdãos citados pelo recorrente não se aplicam ao caso em tela, pois tratam de situações diversas, bem como alguns deles, a exemplo do CJF Nº 0206-12/05, não refletem o atual entendimento deste CONSEF.

Pelo acima exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para modificar a Decisão recorrida e julgar Nulas as Infrações 01 e 02 e Procedentes em Parte as Infrações 03 e 04, nos valores de, respectivamente, R\$ 283.698,98 e R\$ 87.348,93, bem como para retificar a data de ocorrência e de vencimento da Infração 04 para o dia 03 de maio de 2007.

O débito remanesce no valor total de R\$371.047,91, sendo R\$283.698,98 referente a ICMS e R\$87.348,93 à multa por descumprimento de obrigação acessória.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276468.0034/07-4, lavrado contra **USG COMUNICAÇÃO VISUAL BAHIA LTDA. (SERILON BRASIL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$283.698,98**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$87.348,93**, prevista no art. 42, XIII-A, “g”, da citada lei, com os acréscimos moratórios de acordo com o previsto na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de fevereiro de 2010.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – RELATOR

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PGE/PROFIS