

**PROCESSO** - A.I. Nº 087078.0043/01-6  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - USEE COMÉRCIO E SERVIÇOS DE EXTINTORES LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFICIO - Acórdão 3ª JF nº 0430-03/02  
**ORIGEM** - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 26.03.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJP Nº 0083-11/03

**EMENTA:** ICMS. SIMBAHIA. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Efetuada a adequação do cálculo do imposto às orientações constantes na IN nº 01/2002 da SEFAZ, para fim de preservação do princípio da não cumulatividade do imposto. Correto e fundamentado o julgamento realizado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 27/11/01, exige ICMS no valor de R\$ 53.869,08, em razão da seguinte irregularidade: “Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada” (exercícios de 1998 a 2000).

O autuado, através do seu contador, apresenta impugnação, às fls. 118 a 131, alegando que no exercício de 1998, encontrava-se inscrito como microempresa comercial varejista, sujeitando-se, portanto, ao pagamento do ICMS por antecipação, incidente sobre todas as compras realizadas em outras unidades da Federação. Quanto às operações internas, aduz que já recebia a mercadoria com o imposto retido pelo contribuinte inscrito na condição de normal. Expõe que não há como se exigir imposto nas operações de saídas subseqüentes, transcrevendo, ainda, os artigos 125 e 397, do RICMS/97. Em relação aos fatos geradores ocorridos nos exercícios de 1999 e 2000, contesta a alíquota de 17% utilizada pelo autuante na apuração do débito. Alega que não houve nenhum ato da autoridade administrativa o excluindo do Simbahia. Considera que o simples fato de haver se eximido de emitir nota fiscal – identificada através de auditoria de caixa –, não implica o cometimento de dolo, má fé ou simulação. Entende que o autuante deveria recalcular a receita bruta ajustada acumulada dos exercícios de 1998 e 1999, agregando a receita omitida (saldo credor de caixa), mês a mês, aos valores declarados pelo autuado, a qual serviria de base para o recolhimento do imposto nos exercícios de 1999 e 2000. Cita os artigos 384-A, I e 386-A, do RICMS/97 e elabora demonstrativos às fls. 123 a 124 e 126 a 127, calculando o imposto devido com base no entendimento acima exposto. Considera que o valor devido no período de janeiro/99 a março/00 seria de R\$325,00, e no período de abril/00 a dezembro/00 seria de R\$1.792,06 ou de R\$2.706,52, a depender do enquadramento adotado para a empresa (microempresa ou empresa de pequeno porte). Diz que o autuante só poderia adotar a alíquota prevista para as operações normais na situação prevista no art. 408-L, do RICMS/97, e que este não seria o caso. Transcreve a ementa do Acórdão nº 2078-01/01 do CONSEF, dizendo ter sido este o entendimento exarado no referido acórdão. Ao final solicita diligência para confirmar seus argumentos, pede a interveniência da PROFAZ e o julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante, em informação fiscal (fls. 148 a 151), defende a aplicação da alíquota de 17%, dizendo que quando uma empresa supre seu caixa com dinheiro de origem não comprovada, fica incurso nas disposições contidas no art. 2º, §3º, do RICMS/97. Cita também o item V, do art. 408-L e o art. 408-P, visando confirmar o entendimento de que, no caso em tela, o pagamento do imposto seria devido sem o tratamento tributário do regime simplificado de apuração do ICMS (Simbahia). Ao final, solicita a procedência do Auto de Infração.

De ordem do Sr. Presidente do CONSEF, o presente PAF retornou à INFAZ V. da Conquista para que o autuante procedesse a revisão do trabalho fiscal, adotando os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário.

Atendendo a solicitação supra, o autuante elaborou novos demonstrativos (fls. 161 a 163 e 165 a 167), onde após conceder os créditos fiscais, que o autuado fazia jus pelas entradas das mercadorias em seu estabelecimento, retificou o valor a ser exigido no presente processo para R\$33.682,87, conforme demonstrativo de débito à fl. 168 (R\$16.212,47 - exercício de 1999 e R\$17.470,40 – exercício de 2000). Em relação ao exercício de 1998, reconheceu que a exigência é indevida, tendo em vista que o autuado no período estava inscrito como microempresa comercial varejista, entendendo que, dessa forma, não estaria sujeito a ser autuado por omissão de saídas.

O autuado, tomou ciência dos novos números apresentados pelo autuante (fl. 171), porém não mais se manifestou nos autos.

A 3ª JF do CONSEF, após analisar as peças processuais, demonstra, fundamenta e prolata o seguinte voto:

*“Trata-se de Auto de Infração lavrado contra microempresa enquadrada no Regime de Apuração Simplificada do imposto (SimBahia) para exigir o ICMS não recolhido em decorrência da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimimento de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 1998 a 2000.*

*Inicialmente nego o pedido de diligência formulado pelo autuado, tendo em vista que considero suficientes para formação da minha convicção os elementos contidos nos autos (art. 147, I, “a”).*

*No mérito, o autuado apresentou impugnação discordando da exigência referente ao exercício de 1998 e questionando a alíquota de 17% utilizada para apuração do débito nos demais exercícios.*

*Quanto ao exercício de 1998, o próprio autuante reconheceu ser indevida a exigência, tendo em vista que o autuado encontrava-se inscrito no período como microempresa comercial varejista, sujeitando-se, portanto, ao pagamento do ICMS por antecipação, incidente sobre todas as compras realizadas em outras unidades da Federação, ou já recebendo as mercadorias com o imposto retido nas operações internas. Dessa forma, não cabe exigência de imposto pelas operações de saídas subseqüentes.*

*Em relação aos exercícios de 1999 e 2000, da análise das peças processuais, restou efetivamente comprovado que o contribuinte vinha realizando operações de saídas de mercadorias tributáveis sem a emissão dos documentos fiscais correspondentes, fato apurado através da constatação de suprimimento de “Caixa” de origem não comprovada, que conforme dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, fato que não ocorreu.*

*Inicialmente, constatada a ocorrência da infração apontada, passo a examinar qual deve ser a forma de cálculo do imposto a ser exigido – se deve ser adotada a alíquota de 17% (sugerida pelo autuante) ou com base nos valores definidos através do cálculo da Receita Bruta Ajustada (pleiteada pelo autuado), já que se trata, como dito acima, de empresa inscrita, na condição de microempresa, no regime de apuração do SimBahia.*

*Segundo a legislação estadual, a falta de emissão de documentos fiscais ou a emissão de documentos inidôneos ou a realização de operação ou prestação sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea são infrações de natureza grave e o contribuinte que incorrer na prática de infrações desta natureza deverá sofrer duas punições:*

- 1. será excluído do SimBahia, por iniciativa do Inspetor Fazendário;*
- 2. ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

*A esse respeito, o RICMS/97 determina que:*

*Art. 50. As alíquotas do ICMS são as seguintes:*

*I - 17%, exceto nas hipóteses de que cuida o artigo subsequente:*

*§ 3º Tratando-se de mercadoria ou serviço de transporte em situação fiscal irregular, a aplicação da alíquota interna ou da interestadual atenderá aos critérios do inciso VII do art. 632.*

*Art. 632 -*

*VII - para efeitos de definição do local da ocorrência do fato gerador e da alíquota aplicável na hipótese de operação ou prestação sem documentação fiscal ou em situação fiscal irregular, inclusive quando constatada no trânsito, ainda que a mercadoria ou o serviço sejam procedentes de outra unidade da Federação, presume-se a mercadoria ou o serviço, conforme o caso, posta em circulação ou prestado neste Estado, estando sem documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, considerando-se ocorrido o fato gerador no local onde se encontre a mercadoria ou o prestador do serviço, sendo que:*

*a) será aplicada a alíquota prevista para as operações:*

*I - internas, nas situações de que cuida o inciso I do art. 50, a menos que se trate de serviço de transporte aéreo ou de mercadoria ou serviço integrantes da cesta básica ou considerados supérfluos, hipótese em que a alíquota aplicável é a do inciso III do art. 50 ou do art. 51, conforme o caso.*

*Não resta dúvida, da leitura da legislação, de que qualquer empresa, inscrita na condição de “Normal”, que realizar operações de mercadorias tributáveis (ou prestações de serviços de transporte) sem a competente documentação fiscal, está sujeita ao pagamento do ICMS, à alíquota incidente nas operações/prestações internas, isto é, 17%, exceto em relação àquelas mercadorias integrantes da chamada cesta básica ou consideradas supérfluas – cuja alíquota é diferenciada.*

*Especificamente em relação às empresas enquadradas no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), o RICMS/97 estabelece o seguinte, de acordo com as transcrições abaixo, que são necessárias pelo fato de ter havido diversas alterações na legislação:*

- 1. vigência até 31/12/99, dia anterior à publicação do Decreto nº 7.729/99 (Alteração 15):*

*Art. 404-A. A exclusão de contribuinte do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.*

*Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:*

*III - quando se comprovar que o contribuinte prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, hipótese em que será exigido o imposto que houver deixado de recolher, em cotejo com os critérios de apuração do imposto pelo regime normal, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis.*

*Art. 408-P. O contribuinte que optar pelo enquadramento no regime do SimBahia utilizando-se de declarações inexatas ou falsas, ou que incorrer na prática de infrações definidas na legislação estadual, havendo dolo, fraude ou simulação, ficará sujeito ao pagamento do imposto devido como se não fizesse jus ao tratamento tributário ora instituído.*

2. vigência de 01/01/00 (Alteração 15) até 29/12/00, dia anterior à publicação do Decreto nº 7.886/00 (Alteração 21):

*Art. 404-A. A exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime, será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.*

*Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:*

*III - quando se comprovar que o contribuinte prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação, hipótese em que será exigido o imposto que houver deixado de recolher, em cotejo com os critérios de apuração do imposto pelo regime normal, sem prejuízo dos acréscimos legais e da aplicação das demais sanções cabíveis.*

*Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de que tratam o inciso IV e a alínea “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.*

*Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*IV - 100% do valor do imposto:*

*h) quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo.*

*Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV e V do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).*

3. vigência atual, a partir de 30/12/00 com a edição do Decreto nº 7.886/00 - Alteração nº 21:

*Art. 404-A. A exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime, será feita mediante comunicação pelo sujeito passivo ou de ofício.*

*Art. 406-A. A exclusão dar-se-á de ofício:*

*VII - quando o contribuinte cometer qualquer das irregularidades constantes no art. 408-L.*

*Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

*V - que incorrer na prática de infrações de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.*

*Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

*IV - 100% do valor do imposto:*

*h) quando não houver a emissão de documento fiscal ou for emitido documento fiscal inidôneo.*

*Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).*

*Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

*Portanto, verifica-se, da leitura da legislação, que a empresa enquadrada no regime de apuração simplificado (SimBahia), que realizar operações de mercadorias tributáveis sem a competente documentação fiscal, também está sujeita ao pagamento do ICMS, à alíquota incidente nas operações internas, isto é, 17%, exceto em relação àquelas mercadorias integrantes da chamada cesta básica ou consideradas supérfluas – cuja alíquota é diferenciada.*

*Esse entendimento é válido para os exercícios, ora em análise, porque, desde a instituição do SimBahia, o RICMS/97 já previa (artigo 408-P) que o contribuinte que “incorrer na prática de infrações definidas na legislação estadual, havendo dolo, fraude ou simulação, ficará sujeito ao pagamento do imposto devido como se não fizesse jus ao tratamento tributário ora instituído” - sendo que a realização de operações sem a emissão de documentação fiscal ou com a emissão de documentação fiscal inidônea é uma das infrações de maior gravidade previstas na legislação do ICMS, de acordo com o artigo 915, inciso IV, alínea “c” do RICMS/97.*

*Ora, na situação sob análise, o autuado promoveu saídas de mercadorias, durante os exercícios de 1999 e 2000, sem emitir as notas fiscais correspondentes. Dessa forma, nada mais justo e legal que o imposto, que deixou de ser pago, deva ser calculado à alíquota de 17%, sob pena de se premiar o infrator com a imposição do tributo nas mesmas condições especiais e benéficas oferecidas aos contribuintes inscritos no SimBahia, que procedem de acordo com a legislação, mesmo porque, o contribuinte infrator, ao ser desenquadrado do regime instituído pelo SimBahia, terá sua inscrição estadual alterada, passando a apurar o ICMS na condição de Normal.*

*Deve se acrescentar que o que foi tributado a 17% foram valores que estavam deliberadamente à margem do universo fisco-contábil do autuado.*

*Todavia, o presente PAF retornou à INFAZ Vitória da Conquista para que o autuante procedesse a revisão do trabalho fiscal, adotando os critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário, em face da condição de microempresa do autuado.*

*Cumprindo tal solicitação, o autuante elaborou novos demonstrativos (fls. 161 a 163 e 165 a 167), onde após conceder os créditos fiscais, que o autuado fazia jus pelas entradas das mercadorias em seu estabelecimento, retificou o valor a ser exigido no presente processo para R\$33.682,87, conforme demonstrativo de débito à fl. 168 (R\$16.212,47 - exercício de 1999 e R\$17.470,40 – exercício de 2000), com o qual concordo.*

*Vale ainda ressaltar, que o autuado tomou ciência das retificações efetuadas pelo autuante (fl. 171), e não mais se manifestou, o que implica no reconhecimento tácito dos novos números por ele apresentados.*

*De tudo exposto, voto pela Procedência em Parte do Auto de Infração, ficando o valor da exigência reduzida para R\$ 33.682,87, de acordo com o demonstrativo de débito à fl. 168”.*

A seguir recorre de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

### **VOTO**

Neste Recurso de Ofício a parte em que ficou sucumbente a Fazenda Pública Estadual, decorreu da revisão efetuada no débito originalmente reclamado pelo próprio autuante, que adotou os critérios estabelecidos pela Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário, em face da condição de microempresa do autuado.

A 3ª JJF chancelou e fundamentou a correção da revisão efetuada, da qual, foi intimado o autuado e não se pronunciou, concordando tacitamente com o seu resultado.

Por estas razões, nada temos para alterar no julgamento, por isso, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO a este Recurso de Ofício, mantendo-se integralmente o julgamento realizado pela 3ª JJF.

### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **087078.0043/01-6**, lavrado contra **USEE COMÉRCIO E SERVIÇOS DE EXTINTORES LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.682,87**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. PROF. FAZ