

PROCESSO - A.I. Nº 146547.0005/02-0
RECORRENTE - REGINALDO SANTANA DOS SANTOS
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0433-04/02
ORIGEM - INFAZ ILHÉUS
INTERNET - 26.03.03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0095-11/03

EMENTA: ICMS 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES MERCANTIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infração comprovada. 2. SIMBAHIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração comprovada. Correto e fundamentado o julgamento recorrido. Repetição de argumentos já apreciados. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em epígrafe exige o pagamento de ICMS no valor de R\$15.708,98, mais multas de 70% e de 50%, relativamente às seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem o devido pagamento do imposto, apurado pela comprovação da ocorrência de saldo credor de caixa, nos exercícios de 1998 a 2000 – R\$15.471,69 e,
2. Falta de recolhimento do imposto apurado pelo regime simplificado de apuração, *Simbahia* – R\$237,29.

O autuado defende-se tempestivamente (fl. 427) inicialmente dizendo que as microempresas e as empresas de pequeno porte são tributadas pelo volume de entradas mais MVA e não pelas saídas, e que o montante das saídas “serve para disciplinar os valores fixos em função da receita bruta ajustada...”, levantando o seguinte questionamento: já que, além de sofrer a tributação antecipada, ainda paga pelas saídas, porque tributar por omissão de saídas aquilo que já foi cobrado? Assevera que 80% de suas aquisições são internas o que vale dizer que, havendo omissão de saídas, o imposto só incidiria sobre o valor agregado. Alega que o imposto foi cobrado à alíquota de 17%, quando mais de 80% de suas mercadorias são da cesta básica, predominando farinha de trigo, pois desenvolve atividade de padaria, e 65% das suas vendas são de “pães”. Alega ainda que, para que o imposto possa ser cobrado pelo regime normal de apuração é necessário que primeiro tenha havido a exclusão do regime e que o legislador, sabiamente, estabeleceu para esses casos a multa prevista na Lei nº 7438/99, item XIV, de 15 vezes o valor da UPF. Requer:

- a) a não submissão ao regime normal de apuração;
- b) a impossibilidade de ser tributado pelo regime normal de apuração pois tal situação somente poderia ocorrer após a exclusão do regime simplificado – SimBahia;

- c) que somente o exercício de 1998 seja cobrado pelo regime normal de apuração e que aos exercícios de 1999 e 2000 seja aplicada a penalidade prevista na legislação.

A autuante presta informação fiscal (fl. 432), citando a legislação que respalda a autuação e esclarecendo que, no período de 08/99 a 12/00, após a opção pelo SimBahia, foram concedidos os créditos fiscais com base na Orientação Normativa nº 01/02. Pede a manutenção do Auto de Infração.

A 4ª JJF do CONSEF após analisar as peças processuais fundamenta e prolata o seguinte voto:

“Inicialmente observo que tacitamente o autuado concordou com a exigência que se constituiu na infração 2, quando se limitou a defender a infração 1.

Quando o contribuinte optou pelo regime simplificado de apuração – SimBahia, o fez porque achou ser conveniente. O Governo Estadual Baiano apenas colocou o referido regime à disposição dos contribuintes, para adesão voluntária. Ao fazê-lo o autuado aderiu às suas regras e, uma delas, é a incidência do percentual do imposto sobre os valores das saídas (empresas de pequeno porte) ou o pagamento de um valor fixo mensal (microempresas), com base na receita auferida. Ao estabelecer o valor da receita, não excluiu as oriundas de operações com mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com fase de tributação já encerrada. Assim, não posso considerar as alegações defensivas de que o imposto deveria incidir sobre o percentual de saídas de mercadorias, por tipo de tributação a que deveriam estar submetidas as respectivas operações, se considerado o regime normal de apuração. Também, porque equivocadas, não posso considerar as suas alegações sobre a tributação pelas entradas.

A legislação pertinente estabelece as situações em que os contribuintes, optantes pelo regime simplificado de apuração – SimBahia, terão o imposto cobrado pelo regime normal. O presente caso, saldo credor de caixa, enquadra-se nas disposições que regulam a matéria. Portanto a exigência é lícita. Ainda, para esse caso, a legislação deixa à opção da autoridade fiscal, o desenquadramento do contribuinte do regime simplificado de apuração, Decisão esta que, se não tomada, não impede a cobrança do imposto que deixou de ser recolhido, sobre saídas omitidas, pelo regime normal de apuração.

Outro questionamento levantado é quanto a alíquota a ser aplicada sobre o valor das omissões, para apuração do imposto pelo regime normal. Alega que, por comercializar preponderantemente com mercadorias da “cesta básica”, não poderia sofrer a incidência da alíquota de 17%. Tal não é o entendimento deste CONSEF. Quando da ocorrência de omissões de saídas por presunção, não se pode aferir quais mercadorias saíram, nem qual o seu destino. Assim, presume-se as saídas de mercadorias tributáveis, em operações internas, portanto sujeitas à tributação pela alíquota de 17%, cabendo ao contribuinte comprovar o contrário.

A penalidade que o autuado diz adequada para ser aplicada aos exercícios de 1999 e de 2000, em substituição a exigência de imposto, não está prevista para tais situações e, sim, para quando o contribuinte for flagrado efetuando vendas a consumidores sem a emissão de documentos fiscais.

Observo que os números do levantamento não foram contestados pelo autuado e que foi respeitado o direito aos créditos fiscais, que lhe foram concedidos através dos critérios estabelecidos na Orientação Normativa nº 01/02.

O meu voto é pela PROCEDÊNCIA do lançamento em sua inteireza”.

O autuado inconformado com o resultado do julgamento realizado, interpõe Recurso Voluntário quanto ao Acórdão JJF nº 0433-04/02.

Pede o reexame de toda matéria discutida na 1ª Instância do CONSEF, e ratifica todas suas alegações apresentadas pelas peças defensivas.

Contesta a informação fiscal da autuante que concedeu os créditos fiscais conforme a Instrução Normativa nº 01/02, pois se trata de tributação indevida de 17% como se fosse empresa normal.

Quanto à infração 2 não se pode contestar a falta de tributo sem recolhimento, mesmo assim a autuante tributou os valores como se fosse empresa normal, quando na realidade a firma de pequeno porte deve ser tributada obedecendo as faixas de receita bruta ajustada, isto é, soma-se a omissão encontrada com a lançada para poder conhecer a faixa de tributação. Outro expediente é condenável.

Em relação à opção pelo regime simplificado, o ilustre julgador insiste na tributação pelas saídas, quando na realidade as saídas determinam apenas a faixa de tributação. Toda empresa optante pelo SimBahia, sofre tributação antecipada quando das entradas e não pelas saídas como raciocina o ilustre relator. As saídas determinam a faixa de tributação, para o caso de percentuais de recolhimento fixo.

Não existe equívoco quanto à tributação pelas entradas, mesmo porque seja cobrança antecipada do imposto, como então se negar a tributação pelas entradas?

Diverge do entendimento esposado pelo relator quando a legislação pertinente estabelece as situações em que os contribuintes optantes pelo regime simplificado de apuração - SimBahia, terão o imposto cobrado pelo regime normal. Questiona como pode ser microempresa e sofrer tributação normal. Saldo credor de caixa é omissão de saídas sem nota Fiscal, mas tal omissão deve ser englobada na receita para determinação da faixa ou percentual a ser aplicado. O bom senso determina que nestes casos a omissão deve ser inserida com as saídas escrituradas para se cobrar a diferença existente, jamais tributada como normal. Por outro lado não cabe à autoridade fiscal o desenquadramento e sim a lei, para isso é preciso que se faça a exclusão como determina o artigo 406- A do RICMS, sem isto não poderá haver a tributação da microempresa como normal.

Volta a contestar à aplicação da alíquota de 17% sobre mercadorias já tributadas por antecipação, como no caso das microempresas e referente a mercadorias componentes da cesta básica. A própria autuante confirma nos autos as compras de cesta básica, e afirmar que não está comprovado pelo autuado é mera presunção impossível de se admitir em direito, o qual exige prova concreta. A cobrança de nova tributação pela saída caracteriza uma bitributação.

Repete argumentação quanto à aplicação da penalidade fixa de 15 UPFs-BA, prevista pelo artigo 915, XIV-A do RICMS, ao invés de cobrança do imposto.

Afirma que o direito aos créditos fiscais é uma concessão do Estado para os contribuintes, não quer dizer que a empresa perdeu a condição de micro. O relator limitou-se a seguir o raciocínio da autuante sem fundamentar o seu entendimento na lei. Não se pode somar quantidades heterogêneas.

Encerra afirmando que está enquadrada como empresa de pequeno porte, e como tal tem o ICMS calculado com base na Receita Bruta Ajustada, isto é, juntam-se às compras acumuladas e

aplica-se o percentual adequado, o resultado encontrado abate-se das vendas acumuladas para poder ver se ultrapassou a faixa de tributação, caso seja ultrapassada aplica-se no novo valor fixo sobre a vendagem do mês, caso haja diferença de vendas (saídas), como no caso presente, a omissão de vendas será adicionada às saídas do mês correspondente e sobre o resultado da aplicação da alíquota será recolhida a diferença. No entanto a autuante cobrou à alíquota de 17% como se fosse uma empresa normal. Alguns auditores têm utilizado o artigo 408-P, para tributar como se fosse firma normal, acontece que tal artigo fere o princípio do Direito Tributário qual seja a Inaplicabilidade da Bitributação. Não se pode fiscalizar uma empresa de pequeno porte e tributar como empresa normal.

Pede que seja acolhida a sua pretensão recursal, resolvendo o ano de 1998 por ser normal e que seja aplicada nos exercícios de 1999 e 2000, a penalidade formal de 15 UPFs-BA prevista pelo artigo 915, XIV do RICMS/BA em vigor.

A PROFAZ analisa o Recurso Voluntário, afirma que o recorrente apresenta os mesmos argumentos constantes da defesa inicial, e já apreciados pela Decisão recorrida. Fundamenta estar correto o procedimento fiscal e que as razões oferecidas são inócuas e inaptas para proporcionar a modificação do julgamento recorrido. Opina pelo Não Provimento da petição recursal.

VOTO

Neste Recurso Voluntário o recorrente repete integralmente as argumentações apresentadas na defesa inicial, inclusive, também omite qualquer contestação quanto ao item 2 que trata da falta de recolhimento do imposto.

Contesta a alíquota de 17% aplicada sobre omissões de saídas, apuradas em razão da existência do saldo credor na conta “Caixa”, e pede que se aplique a penalidade formal de 15 UPFs-BA prevista pelo artigo 915, XIV do RICMS vigente para os exercícios de 1999 e 2000.

Acontece que o Artigo 408 do RICMS/97 estabelece as situações em que os contribuintes optantes pelo regime simplificado – SimBahia, terão o imposto cobrado pelo regime normal, e saldo credor de caixa é uma delas. Cabia ao recorrente elidir esta imputação fiscal.

A alegação de que comercializa preponderantemente com produtos da cesta básica, e por isso não poderia ser penalizado com a alíquota de 17%, deveria ser efetivamente comprovado com demonstrativos fundamentados que se opusessem aos da autuante.

A omissão de saídas por presunção legal não se determina quais mercadorias ou qual destino tiveram, logo caberia ao recorrente provar em sentido contrário, inclusive que não foram operações internas.

Em relação ao exercício de 1998, a autuante agiu corretamente ao conceder os créditos inerentes, conforme determinado pela Orientação Normativa nº 01/02.

Quanto a aplicação da multa formal prevista pelo Artigo 915, XIV do RICMS vigente, a mesma não se aplica para omissão de saídas de mercadorias, e sim para vendas a consumidores sem emissão de documentos fiscais, logo infração fiscal diversa da imputada o autuado.

Por concordar integralmente com a PROFAZ, e com os fundamentos embasadores da Decisão Recorrida, os quais, constam do relatório, voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **146547.0005/02-0**, lavrado contra **REGINALDO SANTANA DOS SANTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$15.708,98**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 70% sobre R\$15.471,69 e 50% sobre R\$237,29, previstas, respectivamente, nos incisos III e I, “b”, item 3, do artigo 42, da Lei nº 7014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de março de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

MAX RODRIGUEZ MUNIZ – RELATOR

MARIA DULCE HANSELMAN RODRIGUES BALEIEIRO COSTA - REPR. DA PROFZ