

**PROCESSO** - A.I. Nº 206954.0003/03-2  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - MEGA BIKE COMÉRCIO DE BICICLETAS LTDA.  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0299-02/03  
**ORIGEM** - INFAS VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 08.10.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0509-11/03

**EMENTA:** ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Exigência subsistente em parte, após os ajustes devidos tendo em vista a condição do contribuinte, inscrito no SimBahia como microempresa. Rejeitada a preliminar de nulidade. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/05/03, exige o ICMS no valor de R\$120.321,06, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na Conta Caixa, nos exercícios de 1998 a 2003, composto através de informações de compras e serviços de transportes obtidos através do CFAMT, não contabilizados no Livro Caixa, o qual foi recomposto incluindo os pagamentos omitidos referentes às duplicatas oriundas das ditas notas fiscais, conforme Demonstrativos de Auditoria de Caixa e documentos às fls. 10 a 1.106 dos autos, cujo imposto devido foi apurado pela alíquota de 17% e deduzido do crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, por se tratar de contribuinte enquadrado no regime SimBahia.

O autuado, às fls. 1.110 a 1.118 dos autos, ressalta sua condição de microempresa e, após agosto de 2000, de empresa de pequeno porte do regime SimBahia e, como tal, sujeita às alíquotas de 2,5% a 6%, a depender do faturamento, entendendo injusta a exigência do ICMS à alíquota de 17%, destinada à contribuinte da classe “Normal”. Aduz ser inconstitucional o artigo 17 da Lei nº 7.357/98 e o artigo 408-P do RICMS, os quais determinam a exigência do imposto aos contribuintes enquadrados no SimBahia, no caso de omissões de declarações inexatas, por entender que tal método só deve ocorrer quando tais inexatidões motivem o desenquadramento do contribuinte para normal. Assim, conclui que a diferença do ICMS não deve ser apurada como contribuinte normal, mas sim com base na alíquota e multa prevista para a sua nova situação cadastral, sob pena de instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente e de ferir os princípios da não-cumulatividade do ICMS e da isonomia.

Registra que mesmo considerando a apuração da forma que foi feita, a receita não ultrapassa o limite legal preconizado no sistema SimBahia. Assim, entende imprescindível a realização de diligência no sentido de se calcular o valor do tributo em conformidade com as normas aplicáveis.

Destaca que apesar da autuante consignar a compensação do crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito, tal fato não ocorreu, eis que, conforme demonstrado nos demonstrativos o percentual foi aplicado sobre o ICMS devido e não sobre o valor das saídas. Entende que tal critério só deve viger a partir de 30/12/2002, data desta alteração.

A autuante, em sua informação fiscal, às fls. 1.131 a 1.135 dos autos, contesta os argumentos defensivos por entender que o art. 408-S do RICMS determina que quando se constatar qualquer prática das situações previstas nos artigos 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Ressalta que dentre as situações previstas, consta saldo credor de caixa ou qualquer outra situação que configure presunção de omissão de saídas de mercadorias (art. 2º, §3º do RICMS), conforme foi apurado. Entende que a aplicação do Decreto nº 8.413 de 30/12/2002 que processou a Alteração 38/2002 não proporcionou nenhum prejuízo, tendo-o beneficiado, uma vez que o crédito fiscal concedido foi de 8% e a maioria das compras da empresa foi proveniente do sul, à alíquota de 7%. Assim, mantém a ação fiscal na íntegra.

A 2ª JJF, acatando o voto do relator, decide pela Procedência Parcial da autuação de acordo com a fundamentação a seguir exposta:

Observa que não é de competência deste tribunal administrativo a questão levantada pelo recorrente de que é inconstitucional o artigo 17 da Lei nº 7.357/98 e o artigo 408-P do RICMS, não merecendo qualquer apreciação deste órgão, conforme está previsto no artigo 167, inciso I, do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

A acusação fiscal, objeto de impugnação, está respaldada no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, onde estabelece que se considera ocorrido o fato gerador do imposto no momento que a escrituração indicar saldo credor de caixa, o que autoriza a presunção de omissão de saídas de *mercadorias tributáveis* sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção.

Tal constatação indica, por presunção legal, que o sujeito passivo efetuou pagamentos com receitas não contabilizadas, decorrentes de operações tributáveis anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Contudo, deve-se ressaltar que só a partir da Alteração nº 20 (Decreto nº 7.867/00 – com efeitos a partir de 02/11/00) tal infração passou a ser de natureza grave, perdendo o direito à adoção do tratamento tributário acima previsto, sujeitando-se a exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, concedendo-se o crédito de 8% sobre o valor das saídas omitidas, nos termos do art. 408-L, V, c/c o art. 408-S, § 1º, ambos do RICMS/BA e no art. 19, §1º, da Lei nº 7.357/98, alterada pela Lei nº 8.354/02.

Assim, para o mês de dezembro de 1998, período em que o contribuinte encontrava-se na condição de microempresa comercial varejista, na qual o imposto era recolhido por substituição ou antecipação tributária, encerrando-se a fase de tributação, não é cabível a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, uma vez que todas as mercadorias comercializadas neste exercício estavam com sua fase de tributação encerrada.

Já para o período de janeiro de 1999 a outubro de 2000, cabe a cobrança do tributo mediante a aplicação dos percentuais previstos no Regime SimBahia, após adicionar a receita omissa à declarada pelo contribuinte. Para tal análise, faz-se necessário apurar os valores das receitas declaradas pelo contribuinte no período de janeiro de 1999 a outubro de 2000 e adicionar as receitas omissas apuradas na auditoria de caixa no mesmo período, conforme demonstrativo de fls. 1141 e 1142, onde reduz o débito para R\$ 68.260,49.

Regularmente intimado para tomar ciência da Decisão da 2ª JJF, o autuado não se manifesta.

#### RECURSO DE OFÍCIO

A Decisão da 2ª JJF reduz substancialmente o valor do Auto de Infração, fundamentando sua Decisão no seguinte fato: “*para o mês de dezembro de 1998, período em que o contribuinte*

*encontrava-se na condição de microempresa comercial varejista, na qual o imposto era recolhido por substituição ou antecipação tributária, encerrando-se a fase de tributação, não é cabível a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, uma vez que todas as mercadorias comercializadas neste exercício estavam com sua fase de tributação encerrada.”*

Já para o período de janeiro de 1999 a outubro de 2000, cabe a cobrança do tributo mediante a aplicação dos percentuais previstos no Regime SimBahia, após adicionar a receita omissa à declarada pelo contribuinte. Para tal análise, faz-se necessário apurar os valores das receitas declaradas pelo contribuinte no período de janeiro de 1999 a outubro de 2000 e adicionar as receitas omissas apuradas na auditoria de caixa no mesmo período, conforme demonstrativo de fls. 1141 e 1142, onde reduz o débito para R\$ 68.260,49.

## VOTO

Não merece reparo a Decisão da 2<sup>a</sup> JJF. O relator fundamenta sua Decisão, e apresenta demonstrativo do débito, o qual sofreu substancial redução.

Desta forma, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, para manter a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1<sup>a</sup> 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 206954.0003/03-2, lavrado contra **MEGA BIKE COMÉRCIO DE BICICLETAS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$68.260,49**, sendo R\$1.091,11, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$67.169,38, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de setembro de 2003.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

CARLOS ANTONIO BORGES COHIM SILVA – RELATOR

MARIA DULCE HANSSELMAN RODRIGUES COSTA – REPR. DA PGE/PROFIS