

A. I. Nº - 276473.0907/03-3
AUTUADO - EXTRA HIDRÁULICA E ELÉTRICA LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAC TEIXEIRA DE FREITAS
INTERNET - 03.02.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0010-02/04

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada, uma vez que não foi comprovada a origem dos recursos. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO E RECOLHIMENTO A MENOS DO ICMS. Infrações caracterizadas, pois as mercadorias objeto da lide estão enquadradas no regime de substituição tributária. Rejeitadas as preliminares de nulidades da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/09/2003, e reclama o valor de R\$ 20.940,04, sob acusação de cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menos do ICMS no valor de R\$ 4.520,00, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), em decorrência de alteração, de ofício, de condição de microempresa, no período de janeiro a dezembro de 2002, conforme demonstrativo à fl. 11.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$ 14.146,93, no período de junho a dezembro de 2002, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta “Caixa”, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12 a 17.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária no valor de R\$ 1.772,89, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, correspondente aos meses de junho, julho e dezembro de 2002, conforme demonstrativo à fl. 18.
4. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação no valor de R\$ 500,22, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades

da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88, referente ao mês de agosto de 2002, conforme demonstrativo à fl. 18.

No prazo legal, o autuado por seu representante legal, interpõe recurso defensivo às fls. 71 a 76, onde, preliminarmente, no tocante a infração 01, esclareceu que o estabelecimento era enquadrado no SIMBAHIA, na condição de microempresa, e que no dia 05/12/02 foi informado do reenquadramento como empresa de pequeno porte, cuja motivação para o desenquadramento foi a sua vinculação com as empresas: Luzitana Material de Construção Ltda (IE 50.074.095); Gouveia & Sabadini Ltda (IE 55.389.325); Apoio Sul Ferragens Ltda ME (IE 54.909.481); e Madereira Pau Brasil Ltda (IE 40.274.904).

Dizendo que a autoridade administrativa na elaboração do ato administrativo deve obedecer ao princípio da legalidade, o defendant argumentou que o artigo 399-A e § 9º do artigo 384-A, do RICMS/97 impede o enquadramento no SIMBAHIA, quando o total da receita das empresas cujo titular ou sócio participante do capital ultrapasse o limite do inciso II do citado dispositivo regulamentar.

Em seguida, disse que o enquadramento legal não se coaduna com o embasamento legal, pois o faturamento de todas as empresas apontadas como vinculadas, no ano anterior não atingiram o valor de R\$1.200.000,00. Salienta que se tivesse ocorrido a hipótese de superação da receita não seria o caso de desenquadramento, mas sim, de exclusão.

Argumentou ainda que conforme a DME apresentada, relativa ao exercício de 2001, inexiste base legal para o reenquadramento, visto que o estabelecimento não teve movimentação econômica.

Ressaltando que o ato administrativo que promoveu o reenquadramento falece de fundamentação legal, por não ter atendido ao princípio da legalidade, o defendant requer a nulidade da infração 01.

No tocante à infração 02, o autuado argumentou que não se vislumbra nos autos, a prova materializada das entradas das mercadorias no estabelecimento, que ensejasse o saldo credor na conta Caixa.

Teceu algumas considerações sobre ato jurídico administrativo, vinculado, nos termos do Parágrafo Único do artigo 142, do CTN, que condiciona a sua validade a comprovação da existência e legitimidade do fato apontado como ilícito fiscal, e comentou sobre a Teoria dos Motivos Determinantes na visão de renomados tributaristas.

Entende que caso exista a prova da entrada no estabelecimento da mercadoria apontada, a omissão da autuação em apresentar com provas a motivação para imposição da penalidade, inquia ao cerceamento do direito de defesa, ferindo o disposto no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal.

Por conta disso, dizendo que a infração 02 fere o princípio da legalidade, requer que a mesma seja julgada nula.

No mérito, alega a improcedência da infração 01, sob o argumento de que recolheu corretamente o ICMS com base na tabela de Microempresa, tendo sido alterada a faixa de recolhimento no mês de abril/02, passando de R\$ 25,00 para R\$100,00, e recolhendo como Empresa de Pequeno Porte a partir de janeiro/2003.

Com relação a infração 02, o autuado admite que efetivamente a sua conta Caixa apresenta saldo credor, porém em valores inferiores ao apurado na autuação, conforme demonstrativo à fl. 76, reconhecendo o débito no valor de R\$3.644,32.

Sobre as infrações 03 e 04, considerou indevida a exigência do imposto por antecipação sob alegação de que a autuação não demonstrou através de prova materializada a entrada das mercadorias no estabelecimento.

Por fim, requer a nulidade das infrações 01 e 02, e no mérito seja o Auto de Infração julgado parcialmente procedente.

A autuante em sua informação fiscal à fl. 92, esclarece que o ato administrativo que resultou na infração 01 encontra amparo nos artigos 404-A e 405-A do RICMS/97, e quanto as demais infrações argumentou que o contribuinte não apresentou documentação que confirmasse as afirmações apresentadas em sua defesa.

VOTO

Da análise das peças que compõem o processo, conclui o seguinte:

Infração 01 – pelo que consta demonstrado à fl. 11, o contribuinte foi desenquadrado de ofício de microempresa para empresa de pequeno porte a partir de 01/01/2002, cujos valores lançados no Demonstrativo do Débito correspondem com a diferença entre os valores recolhidos no período como ME1 para o limite mínimo devido para EPP.

A legislação tributária prevê que a empresa cujo titular ou sócio participe do capital de outra empresa, quando a receita bruta global dos estabelecimentos ultrapassar o limite fixado no inciso I do artigo 384-A, será reenquadrada de ofício para a condição de empresa de pequeno porte.

No caso, o autuado em sua defesa admitiu que a motivação para o desenquadramento foi a sua vinculação com outras empresas, e considerando que os valores declarados da receita bruta mais os valores da receita omitida no fluxo de caixa (docs. fls. 15 a 16, e 81) apenas do estabelecimento autuado excedem ao citado limite, o desenquadramento se justifica plenamente. Portanto, o preposto fiscal deu estrito cumprimento a uma disposição legal, não havendo porque prosperar a preliminar de que o desenquadramento desobedeceu ao princípio da legalidade do ato administrativo.

O inciso II do parágrafo único do artigo 387-A, do RICMS/97, estabelece que para efeito de pagamento mensal do imposto, o valor mínimo a ser recolhido pela empresa de pequeno porte não poderá ser inferior ao valor fixado para as microempresas, cuja receita bruta ajustada esteja entre os limites indicados no inciso VIII do artigo 386-A, independentemente da receita bruta apurada em cada mês.

Portanto, não tendo o autuado apresentado qualquer documento de prova no sentido de que o desenquadramento foi efetuado em desacordo com a legislação tributária vigente, considero que está caracterizado o cometimento da infração, não merecendo qualquer reparo no cálculo do débito, cujos valores lançados no Auto de infração, independente de qualquer apuração, correspondem com a diferença entre os valores recolhidos como ME, para o valor previsto no inciso VIII do artigo 386-A do RICMS/97.

Desta forma, rejeito a preliminar de nulidade deste item da autuação, e considero subsistente a exigência fiscal.

Infração 02 – o fulcro da autuação concerne a omissão de saídas apurada através da constatação de saldos credores na Conta Caixa, conforme demonstrativo e documentos às fls. 12 a 16, tomando por base as notas fiscais de compras (inclusive as coletadas no CFAMT) e de vendas.

Está previsto no artigo 408-S que o imposto será calculado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que deram causa ao desenquadramento, quando o contribuinte incorrer nas situações previstas nos artigos 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, todos do RICMS/97.

No caso em comento, tendo sido detectada pela fiscalização omissão de saídas de mercadorias apurada através de saldo credor na conta “Caixa”, a legislação tributária autoriza a presunção legal (inciso I, § 3º, art. 2º do RICMS/97) de omissão de saída de mercadorias sem a tributação devida. Por se tratar de uma presunção legal, caberia ao autuado trazer aos autos a prova da origem do numerário utilizado no pagamento das aquisições.

Na defesa fiscal o autuado mesmo não acatando a inclusão dos pagamentos relativos às notas fiscais coletadas no CFAMT constantes às fls. 19 a 68 sob alegação de não há provas que as mercadorias tenham entrado no estabelecimento, reconheceu os saldos credores nos valores abaixo:

<u>Mês</u>	<u>Saldo Credor</u>	<u>ICMS 17%</u>	<u>CF 8%</u>	<u>ICMS devido</u>
06/02	21.816,76	3.708,85	1.745,34	1.963,51
07/02	250,29	42,55	20,02	22,53
08/02	2.041,58	347,07	163,32	183,75
09/02	3.977,44	676,16	318,19	357,97
11/02	472,36	80,30	37,78	42,52
12/02	11.933,72	2.028,73	954,69	<u>1.074,04</u>
TOTAL				3.644,32

Tendo em vista que os documentos fiscais coletados no CFAMT contêm todos os dados cadastrais da empresa autuada, entendo que caberia ao próprio contribuinte comprovar que não recebeu as mercadorias.

Portanto, considerando que o autuado não trouxe qualquer prova que pudesse destituir o trabalho fiscal, pois o demonstrativo acima está desacompanhado da demonstração e comprovação da origem dos valores apurados, entendo que está caracterizado o cometimento da infração, incorrendo o contribuinte, na condição de empresa de pequeno porte inscrito no SIMBAHIA, na situação prevista no inciso V do art. 408-L do RICMS/97, sendo devido o cálculo do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, inclusive com a concessão dos créditos fiscais previstos no artigo 408-S do RICMS/97, calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do artigo 408-S, § 1º, do RICMS/97, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme demonstrativo às fls. 15 a 16, a saber:

PERÍODO	SD.CR.CAIXA	ICMS (17%)	CF (8%)	VR.DÉBITO
Jun/02	32.052,75	5.448,97	2.564,22	2.884,75
Jul/02	30.821,71	5.239,69	2.465,74	2.773,95
Ago/02	15.291,85	2.599,61	1.223,35	1.376,27
Set/02	13.195,35	2.243,21	1.055,63	1.187,58
Out/02	12.022,78	2.043,87	961,82	1.082,05
Nov/02	14.199,42	2.413,90	1.135,95	1.277,95
Dez/02	39.604,47	6.732,76	3.168,36	3.564,40
		TOTAL DO DÉBITO		14.146,93

Assim, rejeito a argüição de nulidade, pois em momento algum o lançamento feriu o princípio da legalidade, e no mérito considero subsistente a infração.

Infrações 03 e 04 – correspondem a falta de recolhimento e recolhimento a menor da antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88.

As notas fiscais que serviram de base de cálculo, constantes às fls. 19 a 68, indicam que as mercadorias estavam, na data do fato gerador, enquadradas no regime de substituição tributária, inclusive em vários meses houve a comprovação do recolhimento do imposto antecipado.

Quanto a alegação defensiva de que não foi comprovada a entrada das mercadorias no estabelecimento, entendo que caberia ao próprio autuado comprovar que não recebeu as mercadorias, haja vista que em todos os documentos fiscais constam todos os seus dados cadastrais.

Não tendo o autuado trazido aos autos prova de sua alegação, nem apontado qualquer erro na apuração do débito, subsiste o reclamo fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 276473.0907/03-3, lavrado contra **EXTRA HIDRÁULICA E ELÉTRICA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 20.940,04**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 4.520,00; 60% sobre R\$ 2.273,11 e 70% sobre R\$ 14.146,93, previstas no artigo 42, I, “b”, “3”, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e demais acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 de janeiro de 2004.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR