

A. I. Nº - 276473.0907/03-3  
AUTUADO - EXTRA HIDRÁULICA E ELÉTRICA LTDA.  
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ  
ORIGEM - INFAS TEIXEIRA DE FREITAS  
INTERNET - 24.11.04

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0442-02/04**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. Comprovado que houve erro da repartição fazendária no desenquadramento de microempresa para empresa de pequeno porte, não subsiste a infração. 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. Infrações reconhecidas. Rejeitadas as preliminares de nulidade da autuação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. 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 Madeireira Pau Brasil Ltda (IE 40.274.904).

Dizendo que a autoridade administrativa na elaboração do ato administrativo deve obedecer ao princípio da legalidade, o defensor 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 defensor 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.

Conforme Acórdão JJF nº 0010-02/04 desta Junta de Julgamento Fiscal, a infração 01 foi julgada subsistente por considerar, com base nos que consta no sistema de informações da SEFAZ, que o desenquadramento de ofício de microempresa para empresa de pequeno porte foi feito corretamente, enquanto que as demais infrações não haviam sido elididas pelo sujeito passivo.

Consta às fls. 105 a 108 que o autuado reconheceu as infrações 03 e 04, e requereu o pagamento do débito a elas inerentes com os benefícios da Lei nº 8.887/03.

O autuado através de seu advogado, recorreu da decisão desta Junta de Julgamento Fiscal exclusivamente quanto aos demais itens, argüindo a nulidade da infração 01, com base na alegação de que o ato administrativo que desencadeou o reenquadramento fere o princípio da legalidade, juntando documentos com vistas a comprovar que não ultrapassou o limite de faturamento previsto para desenquadramento.

Quanto a infração 02, reconhecendo parcialmente o débito no valor de R\$3.644,32, o defensor argumenta que por inexistir nos autos a prova materializadora da entrada de mercadorias no estabelecimento, não pode comprovar a origem dos recursos utilizados para o pagamento das mercadorias.

A Procuradoria Fiscal da PGE em seu parecer à fl. 127, entendendo que a decisão recorrida não estava fundamentada em provas constantes nos autos, opinou pela anulação da decisão recorrida, por falta de fundamentação.

A 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF nº 0047-12/04, acatou o parecer da Procuradoria Fiscal da PGE, e concluiu também que a decisão recorrida está fundamentada em provas não existentes nos autos, por entender que caberia a esta Junta de Julgamento Fiscal ter diligenciado para que viessem aos autos provas no sentido de que o autuado extrapolou o limite para fins de desenquadramento de microempresa para empresa de pequeno porte.

Na Pauta Suplementar do dia 20/05/2004 o processo foi baixado em diligência para que o autuante providenciasse a juntada aos autos dos documentos comprobatórios das razões que levaram ao desenquadramento, de ofício, da condição de microempresa para empresa de pequeno porte,

sendo atendido tal pedido, conforme informação às fls. 149 a 150, na qual foi definitivamente esclarecido e demonstrado o real motivo para o desenquadramento do contribuinte, e que realmente foi extrapolado o limite para fins de desenquadramento de microempresa para empresa de pequeno porte. Restou comprovado também que o autuado teve, na época própria, conhecimento do referido ato, conforme aviso de reenquadramento datado de 29/11/2002 (doc. fl. 151).

Considerando a inexistência nos autos de cópia da intimação cientificando o sujeito passivo sobre a informação prestada pelo autuante à fl. 149, pois, apesar de constar no AR dos Correios à fl. 153 que o conteúdo do documento entregue foi exatamente a informação fiscal de nº 276473.0907/03-3, mesmo assim, esta Junta deliberou em baixar o processo em diligência à Infaz de origem para fosse juntada aos autos uma cópia da intimação expedida ao contribuinte. Foi ressalvado que se isto não tivesse ocorrido, que fosse expedida nova intimação notificando o contribuinte a tomar conhecimento do teor da informação fiscal, devendo, no ato, serem entregues, sob recibo, uma cópia da informação fiscal e do aviso de reenquadramento, e anexadas ao processo cópias destes documentos, para evitar futuro entendimento de que o processo foi constituído de forma ilegítima.

Às fls. 159 e 160, consta que o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal à fl. 149, tendo o mesmo apresentado a impugnação às fls. 162 a 163, argüindo que a informação não procede, por inexistir vinculação da empresa autuada com as empresas citadas, exceto em relação a firma Apoio Sul Ferragens Ltda que tem como sócia Geanne Cândida Barros de Macedo.

Além disso, alega ainda que o ato que desencadeou o desenquadramento não atendeu ao RICMS vigente, por entender que tal ato não poderia retroceder a 01/01/2002, mas somente deveria retroagir os seus efeitos a partir do segundo mês subsequente a apresentação da DMA, ou seja, o mês de abril de 2004, conforme previsto no artigo 384-A, § 9º, incisos I e II, do RICMS/97.

Com esse argumento, salientando que está patente a nulidade do ato administrativo que embasou a infração, pede a nulidade da autuação.

## VOTO

Conforme foi relatado, o processo foi julgado por esta Junta (Acórdão JJF nº 0010-02/04), cujo sujeito passivo recorreu da decisão, tendo a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão CJF nº 0047-12/04, com base no parecer da Procuradoria Fiscal da PGE, concluído também que a decisão recorrida está fundamentada em provas não existentes nos autos, por entender que caberia à Junta ter diligenciado para que viessem aos autos provas no sentido de que o autuado extrapolou o limite para fins de desenquadramento de microempresa para empresa de pequeno porte.

Dando estrito cumprimento a conclusão da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, e considerando a inexistência nos autos de cópia da intimação dando ciência ao sujeito passivo sobre a informação prestada pelo autuante às fls. 149 e 150, o processo foi retornado à Infaz de origem para que fosse juntada aos autos uma cópia da intimação expedida ao contribuinte, ou para que fosse novamente notificado sobre o teor da informação fiscal. Às fls. 159 e 160, consta que o sujeito passivo foi cientificado da informação fiscal à fl. 149, tendo o mesmo apresentado a impugnação às fls. 162 a 163, argüindo que a informação não procede, por inexistir vinculação da empresa autuada com as empresas citadas, exceto em relação a firma Apoio Sul Ferragens Ltda que tem como sócia Geanne Cândida Barros de Macedo.

Conforme informação às fls. 149 a 150, foi definitivamente esclarecido e demonstrado o real motivo para o desenquadramento do contribuinte, e comprovado que a receita global dos estabelecimentos vinculados ao autuado extrapolou o limite previsto no inciso II do artigo 384-A do RICMS/97. Além disso, foi comprovado que o autuado teve, na época própria, conhecimento do referido ato, conforme aviso de reenquadramento datado de 29/11/2002 (doc. fl. 151), ressaltando-se que nos documentos às fls. 159 a 160 o autuado foi cientificado da informação fiscal, tanto que apresentou a impugnação às fls. 162 a 163.

Isto posto, passo a analisar o mérito das infrações 01 e 02, pois foi devidamente reconhecida a procedência das infrações 03 e 04, e solicitado o pagamento do débito com os benefícios instituídos pela Lei nº 8.887/03 (doc. fl. 106).

Com relação a 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 (§ 2º do artigo 399 do RICMS/97) 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 do RICMS/97, será reenquadrada de ofício para a condição de empresa de pequeno porte, devendo o contribuinte ser comunicado da alteração.

No caso, consta nos autos que o autuado foi comunicado da alteração (doc. fl. 151). Quanto a alegação defensiva de que não tem 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 Madeireira Pau Brasil Ltda (IE 40.274.904), tomando-se por base o demonstrativo abaixo, trazido aos autos através de diligência realizada pelo autuante (docs. fls. 149 a 150), observo que restou definitivamente esclarecido e comprovado que o total dos valores da receita bruta declarada pelo autuado e os valores da receita omitida no fluxo de Caixa (docs. fls. 15 a 16, e 81), somados a receita dos citados estabelecimentos, no exercício de 2002, extrapolou o limite fixado no inciso I do artigo 384-A do RICMS/97, haja vista que, o total da receita bruta global monta em R\$ 1.537.563,51, e realmente é superior ao limite de R\$240.000,00, previsto no inciso I do artigo 384-A do RICMS/97.

EXERCICIO DE 2002

EMPRESA	INSC.EST.	FONTE	COMPRAS	VENDAS	REC. OMITIDA	REC.BRT.GLOBAL
LUZITANA	50.074.095	DMA	415.156,10	454.504,40		454.504,40
GOUVEIA	55.389.325	DME	428.531,27	494.313,60		494.313,60
APOIO	54.909.481	DMA	124.468,62	141.869,47		141.869,47
MADEREIRA	40.274.904	DME	86.317,28	197.177,46		197.177,46
EXTRA	56.513.659	DME	159.346,11	92.510,25	157.188,33	249.698,58
TOTALS			1.210.819,38	1.380.375,18		1.537.563,51

Contudo, no tocante a questão relacionada com a vinculação com as empresas citadas, analisando-se o quadro abaixo, em relação aos respectivos sócios, verifica-se que realmente somente a empresa Apoio Sul Ferragens Ltda (IE 054909481) pode ser considerado como vinculado ao autuado.

EMPRESA	INSC.EST.	SÓCIOS
LUZITANA	50.074.095	Lourdes Casagrande Toneto Sirlene Maria Sabadini
GOUVEIA	55.389.325	Pedro Gouveia da Silva Torres Sirlene Maria Sabadini
APOIO	54.909.481	Lourdes Casagrande Toneto Thainá Sabadini Toneto Geanne Cândida Barros de Macedo
MADEREIRA	40.274.904	Florentino Toneto Rotemar Luiz Toneto
EXTRA	56.513.659	José Marco Amélia Valter José Toneto Geanne Cândida Barros de Macedo

Desta forma restando comprovado que o desenquadramento foi efetuado em desacordo com a legislação tributária vigente, considero que não está caracterizado o cometimento da infração, o que torna insubsistente a acusação fiscal deste item da autuação.

Quanto a 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, 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	357,95
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, e foram coletados nos postos fiscais quando as mercadorias se destinavam ao estabelecimento do autuado, entendo que caberia ao próprio contribuinte comprovar que não comprou e não recebeu as mercadorias.

Portanto, considerando que o autuado não trouxe qualquer elemento de prova que pudesse anular 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 RICM/97, calculado pelo percentual de 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	1.376,26
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				14.146,94

Assim, rejeito a argüição de nulidade, pois em momento algum o lançamento feriu o princípio da legalidade, e no mérito considero parcialmente subsistente a infração 02.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 16.420,05, correspondente às infrações 02, 03 e 04.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 276473.0907/03-3, lavrado contra **EXTRA HIDRÁULICA ELÉTRICA LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 16.420,05**, acrescido das multas de 60% sobre R\$ 2.273,11 e 70% sobre R\$ 14.146,94, previstas no artigo 42, II, “d”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA