

A. I. Nº - 299167.0005/04-7
AUTUADO - DJ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - MARIA DE FÁTIMA FERRAZ SILVA GUIMARÃES
ORIGEM - INFRAZ IGUATEMI
INTERNET - 29. 03. 2005

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0089-04/05

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Entretanto, como parte dos fatos geradores ocorreram entre janeiro de 1999 e outubro de 2000 e sendo o contribuinte enquadrado no regime do SIMBAHIA, como microempresa, o imposto apurado até esta última data deve ser calculado com base na alíquota prevista no art. 386-A do RICMS/97, conforme previsão legal vigente na época. Infração caracterizada, porém como foi cobrado recolhimento a menos do imposto nesta mesma época, houve a exclusão destes valores desta infração para sua inclusão na infração 2.a). 2. SIMBAHIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. a) MICROEMPRESA. Após ajuste das omissões de vendas de mercadorias anteriores apuradas através de saldo credor na conta Caixa, o valor do imposto indicado pela fiscalização estadual permaneceu o mesmo. b) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infração caracterizada. 3. SIMBAHIA. IMPOSTO NÃO RECOLHIDO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. Infração não elidida. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÃO ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. Infração confirmada. No entanto, a aplicação da multa é pela infração detectada e não por exercício. 5. LIVROS FISCAIS E CONTÁBEIS. EXTRAVIO. LIVRO CAIXA. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/6/2004, exige o imposto no valor de R\$15.900,17, acrescido das multas de 50% e 70%, mais a multa no valor de R\$1.559,13 pelas seguintes infrações tributárias:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa – R\$8.011,12;
2. Recolhimento a menos do ICMS, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – R\$5.020,00;
3. Recolhimento a menos do imposto, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - R\$1.844,06;
4. Falta de recolhimento do ICMS nos prazos regulamentares, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – R\$1.024,99;

5. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração do Movimento Econômico de Micro Empresa) nos exercícios de 2000 a 2004. Multa no valor de R\$639,13;
6. Extravio do livro Caixa, conforme declaração do próprio autuado (exercício de 2004). Multa no valor de R\$920,00.

O autuado (fls. 149/158) reconheceu parte do débito exigido na ação fiscal e requereu o seu parcelamento. Quanto à parte impugnada, disse que se referia a adoção, por parte do fisco, de procedimento equivocado relativo ao tratamento tributário que deveria ser a ele dispensado na apuração do valor efetivamente devido, da cobrança em duplicidade de alguns itens, além da exigência de multas formais indevidamente cobradas.

Informando que por um período se encontrava enquadrado como microempresa e, após como empresa de pequeno porte, contestou parte do item 1 já que houve a exigência do ICMS no período de 31/1/1999 a 31/10/2000, apurado de forma inadequada por não ter sido atendido a condição de seu enquadramento e a norma legal vigente à época, a transcrevendo. Trazendo aos autos decisão deste Colegiado para consubstanciar seu argumento, entendeu que o crédito fiscal impugnado deveria ser excluído da autuação.

Indicando 8 itens relativos às infrações 2, 3 e 4, concluiu que eles estavam sendo exigidos em duplicidade, pois lançados na infração 1 e com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, configurando o *bis in idem*. Requeru a exclusão dos itens destacados nas infrações acima citadas e solicitou revisão fiscal por auditor estranho ao feito, com a finalidade de apurar o valor correto do auto de infração.

Refutou, em seguida, as infrações 5 e 6 com base no art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96, uma vez que tais irregularidades acessórias decorreram de uma obrigação principal, ou seja, das infrações 1, 2, 3 e 4 que tiveram como base os dados incorretos nas DME e o extravio do Livro Caixa. Portanto, as penalidades cobradas deveriam ser absorvidas pelas multas aplicadas no descumprimento das obrigações principais.

Requeru a procedência parcial da autuação.

A autuante prestou informação fiscal (fl. 165), entendendo que a empresa havia interpretado a legislação tributária visando apenas à obtenção de vantagens, não observando os princípios determinados pelo ordenamento jurídico.

Quanto à infração 1, foi efetuado o fluxo de caixa da empresa com base nos documentos fornecidos pela própria contribuinte, os quais exprimiram a verdade dos fatos. Sendo apurada omissão de receita, consequentemente, deve-a ser considerada para apuração do correto enquadramento do autuado, gerando, inclusive, o imposto exigido nas infrações 2, 3 e 4.

Em relação às infrações 5 e 6, as ratificou tendo em vista que não houve a apresentação de qualquer prova material para desconstituir-las.

Opinou pela procedência total do Auto de Infração.

Esta 4ª JJF, em pauta suplementar, baixou os autos em diligência à ASTEC/CONSEF para que fosse analisado o argumento defensivo quanto à duplicidade de lançamentos, bem como, ajustasse a receita do contribuinte, omitida e declarada, até 31/10/1999 aos mandamentos do art. 386-A ou 387-A, do RICMS/97 (fl. 169).

Atendendo ao que foi solicitado por esta JJF, fiscal estranho ao feito, através do Parecer ASTEC/CONSEF nº 288/2004 (fls. 172/174), após análise dos autos emitiu o seguinte opinativo, refazendo o levantamento fiscal:

1. como na infração 1 foi exigido o ICMS a título de saldo credor de caixa e na infração 2 de recolhimento a menos, ajustou a infração 2 com a inclusão das receitas omitidas da infração 1,

de janeiro de 1999 a outubro de 2000.

2. Manteve o imposto apurado pela fiscalização em relação à infração 1 e referente ao período de novembro de 2000 a julho de 2003 e, quanto à infração 2, de novembro de 2000 a dezembro de 2001, por se tratar de imposto recolhido a menos;
3. Não fez qualquer ajuste nas infrações 3 e 4 tendo em vista que no período o autuado se encontrava enquadrado como empresa de pequeno porte e que os valores constantes na infração 1 nelas não estavam inclusos.

Diminuiu o valor do débito apurado para R\$11.497,36.

O autuado foi chamado para tomar conhecimento da modificação do débito realizada pela ASTEC/CONSEF (fl. 180). Nesta intimação consta, dito pela Repartição Fiscal, que o contribuinte acatou e parcelou os valores constantes neste parecer.

Das fls. 181 a 188 foi apensado o requerimento de parcelamento feito pelo impugnante em 15 de julho de 2004, anterior a data de sua impugnação.

A autuante manifestou-se, discordando do parecer da ASTEC/CONSEF. Ratificou seu entendimento de que o Auto de Infração deveria ser julgado totalmente procedente (fls. 194/195).

VOTO

A infração 1 do presente Auto de Infração exige o ICMS pela constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta Caixa. O impugnante não contestou os valores base de cálculo encontrados, insurgindo-se, apenas, quanto à forma de apuração do imposto no período de 1 de janeiro de 1999 a 31 de outubro de 2000, já que se encontrava enquadrado no SimBahia, na condição de microempresa e, posteriormente, de empresa de pequeno porte.

Tem fundamento a alegação de defesa. Como à época o autuado se encontrava enquadrado no SimBahia devem ser observadas as determinações da Lei nº 7.357/98, que instituiu o referido regime. Até outubro de 2000, esta lei em seu art. 19, determinava que o imposto seria exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatasse quaisquer das situações previstas nos seus arts. 15, 16, 17 e 18. O caso em análise enquadra-se no art. 15, V da citada Lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave. Porém este mesmo inciso determinava que as infrações consideradas graves eram aquelas elencadas em regulamento, ou seja, no RICMS/97, que somente inseriu as infrações especificadas no seu inciso III do art. 915 (art. 408-L, V) através da Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00 publicado no DOE de 02/11/00. Portanto, a norma tributária antes de outubro de 2000 não previa a perda do direito do contribuinte de sua situação em recolher o imposto conforme previsto no Simbahia, mesmo que fosse constatada a prática de atos de natureza grave. Porém a partir de novembro de 2000, a lei sofreu modificação e o contribuinte perdeu o direito da adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS, ou seja, o imposto deve ser calculado aplicando-se a alíquota de 17%. Porém, visando não ferir o princípio da não-cumulatividade do ICMS, é garantido o direito ao contribuinte dos créditos fiscais sobre as suas aquisições de mercadorias, conforme determina a Lei nº 8.534/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Por esta nova redação, o imposto deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos e os créditos fiscais devem ser apurados utilizando-se o percentual de *8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais*, a não ser que o contribuinte comprove a existência de créditos superiores ao acima indicado (§§ 1º e 2º do art 19 da citada Lei). Neste contexto, foi solicitado por esta Junta de Julgamento Fiscal que fiscal estranho ao feito refizesse o levantamento referente à infração 1 com base nos valores apurados pela fiscalização já que não houve qualquer prova em contrário. Refeito os cálculos, foi excluído desta infração o imposto apurado no período de janeiro de 1999 a outubro

de 2000, uma vez que incluso na infração 2, objetivando não haver duplicidade de lançamento, conforme, inclusive, alegado pelo sujeito passivo, quando de sua impugnação a este item.

Assim, a infração ora em discussão é subsistente em parte conforme demonstrativo de débito a seguir no valor de R\$1.886,80. Observo que o diligente fiscal, no seu parecer, incluiu a exigência do imposto no mês de janeiro de 2002 no valor de R\$342,38. Entretanto, este valor não foi lançado no Auto de Infração. Neste momento não pode ser cobrado.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 1

CÓDIGO DE DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	IMPOSTO	MULTA (%)
10	30/11/2000	09/12/2000	789,07	70
10	31/12/2000	09/01/2001	490,81	70
10	31/01/2001	09/02/2001	152,41	70
10	31/1/2003	09/02/2003	98,08	70
10	31/3/2003	09/04/2003	219,92	70
10	30/04/2003	09/05/2003	30,78	70
10	31/07/2003	09/08/2003	53,52	70
10	31/08/2003	09/09/2003	52,21	70
TOTAL			1.886,80	

A infração 2 trata do recolhimento mensal do imposto que foi recolhido a menos, quando o contribuinte estava enquadrado como microempresa. O impugnante apenas contestou a duplicidade de lançamento, pois entendeu que até outubro de 2000, conforme acima explanado, esta irregularidade constatada já estava embutida na primeira, o que tem razão. Assim, para que não houvesse duplicidade de lançamento, este período foi excluído da infração 1. Ao refazer a apuração mensal do imposto, incluindo as receitas omitidas constatadas na infração primeira, o revisor manteve o mesmo valor do recolhimento mensal devido pelo sujeito passivo. Assim, mantido este item no valor de R\$5.020,00, apurado pela autuante e, inclusive, aceito pelo autuado.

As infrações 3 e 4 tratam da falta de recolhimento e do recolhimento a menos do imposto quando o contribuinte passou seu enquadramento para empresa de pequeno porte. O revisor fiscal, após análise das peças processuais, informou que os valores da infração 1 não estavam contidos nas duas ora discutidas. Embora, a princípio, o impugnante tenha alegado duplicidade de lançamento com a infração 1, nos meses de janeiro de 2001, março, abril e julho de 2003, admitiu a irregularidade, solicitando parcelamento do débito total destes itens. Neste contexto, as infrações 3 e 4 ficam mantidas nos valores de R\$1.844,06 e R\$1.024,99, respectivamente.

A quinta infração refere-se a aplicação de penalidade formal pela declaração incorreta de dados nas DME dos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004. O autuado reconheceu a irregularidade, porém entendeu que as penalidades (obrigações acessórias) deveriam ser absorvidas pelas multas de caráter principal e aplicadas nas infrações já comentadas, diante do que determina o art. 42, § 5º, da Lei nº 7.014/96. As DME foram entregues ao fisco com preenchimento irregular dos valores de aquisições e vendas de mercadorias. No caso, não posso acolher o pleito do autuado. As infrações apuradas relativas às obrigações principais não decorreram do preenchimento irregular das DME e sim, de levantamento fiscal efetuado, que culminou com a cobrança do imposto e a constatação de que houve a informação ao fisco de dados não condizentes com as operações comerciais do estabelecimento autuado. Assim, correta a aplicação da multa. No entanto, como a irregularidade é a mesma e a multa é exigida pela natureza do cometimento da infração e não por exercício, cabe a cobrança da multa de R\$140,00 e não entendeu a autuante.

Por fim a infração 6 diz respeito ao extravio do livro Caixa. O autuado firmou declaração (fl. 17) que este livro referente aos exercícios de 1999 a 2002 foram extraviados. Foi aplicada a multa no valor de R\$920,00. O impugnante trouxe o mesmo argumento defensivo exposto para a infração 5 e que, de igual modo não aceito, conforme já explanado. Mantida a penalidade no valor de R\$920,00.

Pelo exposto, voto pela procedência parcial da autuação para exigência do imposto no valor de R\$9.775,85, mais a penalidade, de obrigação acessória, no valor de R\$1.060,00, homologando-se o quantum já recolhido.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 299167.0005/04-7, lavrado contra **DJ INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.775,85**, sendo R\$2.859,07, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.070,00 e de 70% sobre R\$789,07, previstas no art. 42, I, “b”, item 3 e III, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios correspondentes e R\$6.916,78, acrescido das multas de 50% sobre o valor de R\$5.819,05 e de 70% sobre o valor de R\$1.097,73, previstas nos incisos I, “b”, item 3 e III, do mesmo artigo e lei citados com os acréscimos legais, além das multas no valor total de **R\$1.060,00**, previstas no art. 42, XVIII, ”c” e XIV, do mesmo Diploma Legal, homologando-se os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 17 de março de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS - RELATORA

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR