

A. I. Nº - 269440.0038/04-5
AUTUADO - ELD A MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.
AUTUANTE - WALTER KUHN
ORIGEM - INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 25/05/05

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0174-03/05

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, não havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, caberá ao destinatário recolher o imposto por antecipação. Autuado elidiu a exigência fiscal em relação a duas notas fiscais, reduzindo-se, por isso, o débito inicialmente apurado. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor na conta “caixa” indica que o sujeito passivou efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculos, de acordo com a comprovação apresentada pelo autuado quanto à origem de parte dos recursos, ficou reduzido o imposto originalmente apurado. 3. LIVROS CONTÁBEIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. Infração caracterizada. Indeferido o pedido de diligência fiscal. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 26/08/2004, refere-se à exigência de R\$55.681,85 de ICMS, acrescido das multas de 60% e 70%, além da multa no valor de R\$460,00, por falta de cumprimento de obrigação acessória, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, 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 do RICMS-BA, no período de fevereiro de 2001 a dezembro de 2003. Valor do débito: R\$16.378,66.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta caixa, nos exercícios de 2001 a 2003. Valor do débito: R\$39.303,19.
3. Deixou de apresentar o Livro Caixa, quando regularmente intimado, sendo exigida a multa no valor de R\$460,00.

O autuado, por seu advogado legalmente constituído, apresentou impugnação às fls. 90 a 95, alegando que na primeira infração houve equívoco do autuante quando lançou a nota fiscal nº 10.516, no valor de R\$620,93, tendo em vista que o imposto já foi recolhido, no valor de R\$102,89. Da mesma forma, a NF 0002, no valor de R\$1.766,16, com o valor recolhido a título de antecipação, de R\$292,81. Por isso, argumenta que o valor exigido deve ser alterado para o valor de R\$15.982,96.

Infração 02 – alegou que existe equívoco quanto ao saldo apurado em 31/12/2001, tendo em vista que em relação à Nota Fiscal nº 74.556, no valor de R\$44.204,79, o autuante computou o valor total, mesmo sabendo que o pagamento ocorreu em parcelas, com pagamentos para os anos de 2003, no valor de R\$11.050,44; para 2004 no mesmo valor; e para 2005, a parcela é no valor de R\$10.129,57. Disse que, com a regularização contábil, no lugar de saldo credor, o caixa é devedor na quantia de R\$22.436,00, fato que não pode ser objeto de exigência de imposto por omissão de saídas.

Quanto ao exercício de 2002, alegou que o demonstrativo do autuante ficou prejudicado em decorrência da informação do saldo anterior, que deveria ser de R\$22.436,00. E após os ajustes, a alíquota correta é de 4%, e não 17%.

Disse, também, que não foi observado o empréstimo bancário, no valor de R\$50.000,00, no exercício de 2003, fato que contribui para a redução do saldo apurado pelo autuante, ressaltando que, da mesma forma, a alíquota que deveria ser aplicada é 3%, e não 17%.

O contribuinte comentou sobre a sua condição cadastral, de inscrito como Empresa de Pequeno Porte, apresentando o entendimento de que está sujeito à alíquota que varia de 2,5% a 6%, de acordo com a sua receita bruta ajustada. Citou artigos da Lei 7.357/98 que tratam sobre essa questão, e o art. 408-P, do RICMS/97. Disse que “se as supostas omissões e inexatas declarações não motivaram o não enquadramento de Microempresa ou Empresa de Pequeno Porte para Contribuinte Normal, a diferença de ICMS não deve ser apurada como Contribuinte Normal, mas sim com base na alíquota e multa previstas para a sua nova situação cadastral”. Transcreveu o art. 150 da Constituição Federal, reafirmando o seu entendimento de que a alíquota aplicável não é a de 17%, e a multa não é 70%, e sim 50%. Lembrou que seria necessário deduzir a parcela relativa ao crédito fiscal decorrente das aquisições das mercadorias, argumentando que o imposto é não cumulativo, conforme art. 155, § 2º, da Constituição Federal, que transcreveu. Disse que o art. 28, da Lei 7.014/96 também vislumbra tal disposição, e se não for considerado o crédito fiscal advindo das aquisições das mercadorias estaria ferindo o Princípio da Isonomia, uma vez que haveria prejuízo de maior gravidade do que se estivesse enquadrado como contribuinte normal. Pede a conversão do presente processo em diligência para ser calculado o tributo em conformidade com as normais aplicáveis.

Infração 03 – o defensor alegou que, por ser Empresa de Pequeno Porte, está dispensado da obrigação acessória requerida pelo fisco, e diante da dispensa não é cabível a aplicação da multa. Por isso, requer a sua anulação.

Por fim, o autuado requer seja julgado o presente Auto de Infração procedente em parte, de acordo com as provas que anexou aos autos e planilha detalhada (fls. 102 a 104).

O autuante prestou informação fiscal às fls. 116 e 117 dos autos, dizendo que em relação à primeira infração, em decorrência da exclusão das notas fiscais de números 10.516 e 0002, elaborou novo demonstrativo (fls. 124 e 125) ficando alterados os valores relativos aos meses de novembro de 2002 (R\$292,81) e maio de 2003 (R\$796,28).

Infração 02 – Informou que a Nota Fiscal de nº 74.556, no valor de R\$44.201,79 (fl. 106) foi indevidamente debitada na conta caixa pelo valor total, uma vez que “apenas R\$11.050,44

constava como pagamento de outros anos”. Por isso, foi elaborado novo demonstrativo (fls. 118 e 119) considerando que as parcelas da mencionada nota fiscal foram pagas em anos posteriores (2002, 2003, 2004 e 2005). Refez o demonstrativo, sendo apurado saldo devedor de R\$5.289,93 em 2001, não havendo qualquer imposto a ser exigido. Disse que o autuado cometeu equívoco no demonstrativo do citado exercício, não computando o valor de R\$18.066,97 referente às despesas pagas, relativas a esse exercício (2001).

Quanto aos exercícios de 2002 e 2003, informou que foram elaborados novos demonstrativos (fls. 120 a 123), considerando o saldo inicial de caixa para 2002, conforme apurado o saldo final de 2001, sendo lançadas como outras despesas as parcelas pagas referentes à NF 74.556. Também foi considerado o empréstimo obtido junto à Caixa Econômica Federal, no valor de R\$50.000,00. Assim, após as correções efetuadas, conforme demonstrativos (fls. 118 a 123), o débito ficou alterado para R\$22.049,48 referente a 2002 e R\$11.758,83, correspondente a 2003.

O autuante contestou a alegação defensiva quanto à alíquota, informando que foi considerado o crédito fiscal de 8% sobre o valor das saídas apuradas no levantamento fiscal, conforme estabelecido na legislação para contribuinte do SIMBAHIA.

Intimado a tomar conhecimento da informação fiscal, o autuado apresentou nova manifestação, fls. 132 e 133, alegando que apesar de ser reduzido o valor exigido, por meio do novo demonstrativo elaborado pelo autuante, o presente lançamento ainda está pendente de verificação, uma vez que outros empréstimos bancários não foram considerados. Por isso, o defensor requer a realização de diligência para que estranho ao feito refaça os demonstrativos, e verifique os contratos bancários, provando a existência de saldo devedor na conta caixa, no período fiscalizado.

Considerando que em relação à primeira infração, o defensor anexou aos autos somente a comprovação do recolhimento do imposto referente à NF 10.516, e que não consta no Sistema de Arrecadação o pagamento o tributo por antecipação correspondente à NF 00002, o PAF foi convertido em diligência à Infaz de origem para o autuante intimar o autuado a comprovar o pagamento do imposto alegado nas razões, anexando fotocópia ao PAF.

O autuante prestou nova informação fiscal à fl. 141, esclarecendo que em decorrência de erro de digitação, foi incluída indevidamente a NF 00002. Disse que essa nota fiscal não existe, e, se pode observar no demonstrativo à fl. 09, relativo ao mês 11/2002, que foram digitadas duas notas fiscais tendo o mesmo remetente, a mesma base de cálculo e a mesma data de entrada. Por isso, no novo demonstrativo elaborado à fl. 124, foi excluída a citada Nota Fiscal 00002, “porque essa nota fiscal realmente não existe”.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de diligência fiscal formulado pelo autuado em suas razões de defesa, tendo em vista que considero os elementos acostados aos autos suficientes para as minhas conclusões acerca da lide, de acordo com o art. 147, inciso I, do RPAF/99. Ademais, as alegações defensivas apresentadas na impugnação inicial foram acatadas pelo autuante, quando prestou informação fiscal, e o pedido do autuado em sua nova manifestação se destina à produção de prova referente a documentos vinculados à sua escrituração, ou a documentos que estão na sua posse, cuja prova ou sua cópia poderia ter sido juntada aos autos.

No mérito, a primeira infração trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais de mercadorias relacionadas no anexo 88 do RICMS-BA, conforme notas fiscais consignadas no demonstrativo às fls. 09 e 10, e cópias das notas fiscais anexadas ao PAF.

O autuado contestou a exigência do imposto em relação às Notas Fiscais de números 10.516 e 00002, alegando que recolheu o imposto exigido antes da autuação. Por isso, o autuante elaborou novo demonstrativo (fls. 124 e 125), excluindo as notas fiscais indicadas pelo autuado em sua defesa, ficando alterado o total do imposto exigido para R\$16.096,82, ressaltando-se que, embora o autuado tenha alegado que recolheu o imposto relativo à NF 0002, o citado documento foi excluído do levantamento fiscal porque, segundo informação do autuante foi incluído indevidamente por erro de digitação.

Saliente que o autuado tomou conhecimento do novo demonstrativo elaborado pelo autuante e os cálculos não foram contestados. Assim, subsiste parcialmente a exigência fiscal, acatando-se os valores apurados pelo autuante após as exclusões efetuadas (fls. 124/125).

A segunda infração refere-se à exigência de ICMS em razão da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta caixa, nos exercícios de 2001, 2002 e 2003, conforme demonstrativos acostados aos autos (fls. 65 a 82).

O autuado alegou que: a) em relação à Nota Fiscal nº 74.556, no valor de R\$44.204,79, o autuante considerou o valor total mesmo sabendo que o pagamento ocorreu em parcelas, com pagamentos para os anos de 2002, 2003, 2004 até 2005; b) não foi observado o empréstimo bancário, no valor de R\$50.000,00; c) a alíquota aplicável não é a de 17%, e a multa não é 70%, e sim 50%; d) é necessário deduzir a parcela relativa ao crédito fiscal decorrente das aquisições das mercadorias.

Quanto às alegações relativas à NF 74.556 e ao empréstimo de R\$50.000,00, o autuante acatou as comprovações anexadas aos autos pelo autuado, por isso, refez os cálculos, esclarecendo na informação fiscal prestada à fl. 116:

- que foi indevidamente computada na conta caixa o valor total da NF 74.556, uma vez que apenas R\$11.050,44 constava como pagamento de outros anos e no novo demonstrativo (fls. 118 e 119) considerou que a mencionada nota fiscal foi paga em anos posteriores (2002, 2003, 2004 e 2005), apurando saldo devedor de R\$5.289,93 em 2001, não havendo qualquer imposto a ser exigido;
- que foram elaborados os demonstrativos (fls. 120 a 123), considerando o saldo inicial de caixa para 2002, conforme apurado o saldo final de 2001, e foram lançadas como outras despesas as parcelas pagas referentes à mencionada NF 74.556;
- que foi considerado no demonstrativo de 2003, o empréstimo obtido junto à Caixa Econômica Federal, no valor de R\$50.000,00;
- após as correções efetuadas, conforme demonstrativos (fls. 118 a 123), o débito ficou alterado para R\$22.049,48 referente a 2002 e R\$11.758,83, correspondente a 2003.

Assim, nos demonstrativos elaborados pelo autuante, foram computados os valores de acordo com os documentos do autuado, relativamente às vendas e compras de mercadorias, além dos demais recebimentos e pagamentos.

O contribuinte impugnou os valores apurados após a revisão efetuada pelo autuante, alegando em sua nova manifestação (fls. 132 e 133), que apesar de ter sido reduzido o valor do imposto exigido, “o presente lançamento ainda está pendente de verificação, uma vez que outros empréstimos bancários não foram considerados”.

Não obstante ter contestado os novos cálculos efetuados pelo autuante, o contribuinte não apresentou qualquer documento para comprovar sua alegação, solicitando a realização de diligência fiscal, pedido que já foi apreciado e indeferido no inicio deste voto.

Vale ressaltar, que de acordo com o art. 123 do RPAF/99: “a impugnação do sujeito passivo deve ser acompanhada das provas que o mesmo tiver, inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações”.

Quanto à alíquota utilizada no cálculo do imposto exigido, também questionada pelo defendant, observo que, sendo o autuado enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), o RICMS/97, em relação à irregularidade apurada dispõe:

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

(...)

V - que incorrer na prática de infrações de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário. (redação vigente à época).

Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

§ 1º Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.”

Tendo em vista que se trata de empresa inscrita no SIMBAHIA, a exigibilidade do tributo foi efetuada considerando a alíquota normal, de 17%, e sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito, foi aplicada a dedução de 8% a título de crédito fiscal, de acordo com o previsto na Lei 8.534/2002 e § 1º do art. 408-S, do RICMS/97.

Foi questionado, também, o percentual da multa aplicada, por entender o autuado que deveria ser de 50%. Entretanto, considerando que o imposto foi apurado através de levantamento fiscal, entendo que foi indicada corretamente a multa de 70%, consoante o art. 42, inciso III, da Lei 7.014/96.

Concluo que subsiste em parte a exigência fiscal neste item, de acordo com os novos demonstrativos elaborados pelo autuante às fls. 120 e 122, apurando os seguintes valores:

R\$22.049,80 (2002) e R\$11.758,83 (2003).

A infração 03 se refere à falta de apresentação do Livro Caixa, após regular intimação, sendo aplicada a multa de R\$460,00.

O autuado alegou que, por se tratar de uma empresa de pequeno porte, está dispensado da obrigação acessória requerida pelo fisco, e diante da dispensa, não é cabível a aplicação da multa. Entretanto, a legislação não estabelece a dispensa alegada pelo contribuinte, conforme art. 408-C, que transcrevo abaixo:

Art. 408-C. As microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes:

(...)

VI - escrituração:

a) do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do Livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, tratando-se de empresas de pequeno porte e microempresas com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

Considerando que a legislação prevê a obrigação acessória relativa à escrituração do livro caixa, e que não foi entregue o livro solicitado por meio da intimação à fl. 07, por falta de escrituração, conforme alegado pelo contribuinte, entendo que está devidamente caracterizada a infração, sendo devida a penalidade por descumprimento de obrigação acessória, de acordo com o art. 42, inciso XV, “i”, da Lei 7.014/96.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, tendo em vista que fica alterado o total do débito após as retificações efetuadas pelo autuante nas infrações 1 e 2, conforme demonstrativo abaixo:

INFRAÇÃO N°	DECISÃO DA JJF	IMPOSTO	MULTA
01	PROCEDENTE EM PARTE	16.096,82	-
02	PROCEDENTE EM PARTE	33.808,63	-
04	PROCEDENTE	-	460,00
-	-	49.905,45	460,00

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269440.0038/04-5, lavrado contra **ELDA MATERIAIS DE CONSTRUÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$49.905,45**, acrescido das multas de 60% sobre R\$16.096,82, prevista no art. 42, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96; 70% sobre R\$33.808,63, prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96; além da multa no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, inciso XV, “i” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de maio de 2005.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR