

PROCESSO - A. I. Nº 110427.0014/04-1
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDA - CEREALISTA COADE LTDA. (SUPERMERCADO DUDUZÃO)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JJF nº 0030-05/06
ORIGEM - INFAZ ITABUNA
INTERNET - 08.05.06

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0141-12/06

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA E EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração não contestada. Entretanto, diante da autuação do item 3 (saldo credor na Conta Caixa) foi excluído, deste item, o imposto exigido referente aos meses de novembro e dezembro de 1999, bem como aquele de março de 2000. Infração caracterizada, porém diminuído o valor originalmente cobrado. 2. 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 os fatos geradores ocorreram entre março de 1999 a dezembro de 2003 e sendo o contribuinte enquadrado no regime do SimBahia, como microempresa, o imposto apurado até outubro de 2000 deve ser calculado com base na alíquota prevista no art. 386-A do RICMS/97, conforme previsão legal vigente na época. Infração caracterizada, porém em valor do imposto a menos do que aquele apurado. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto em face do Acórdão nº 0030-05/06 que julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, para condenar o recorrido ao pagamento de ICMS no valor total de R\$36.493,77, sendo R\$2.506,44 corrigido monetariamente acrescido das multas de 70% sobre R\$1.349,26, 60% sobre R\$142,18 e 50% sobre R\$1.015,00 previstas no art. 42, III, II, “d” e I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$33.987,33 acrescido das multas de 70% sobre R\$31.071,67, 60% sobre R\$2.187,26 e 50% sobre R\$728,40, previstas, respectivamente, no art. 42, inciso III, inciso II, “d” e inciso I, alínea “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

O Auto de Infração, lavrado em 29/12/2004, exige o ICMS no valor de R\$54.669,43 acrescido das multas de 70%, 60% e 50% em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do ICMS, na condição de microempresa, enquadrada no regime simplificado de apuração do imposto - SimBahia - R\$505,00;
2. Recolhimento a menor do ICMS, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no regime simplificado de apuração do imposto - SimBahia - R\$508,40;
3. Falta de recolhimento do imposto por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação - R\$2.329,44;

4. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta Caixa nos exercícios de 1999 a 2003 - R\$51.326,59.

Em sua defesa, o autuado alega, em preliminar, nulidade da ação fiscal, partindo da premissa de que seu direito de defesa fora cerceado, na medida em que solicitou à Repartição Fiscal, sem êxito, cópias dos documentos relacionados nos levantamentos.

Entretanto, após analisar os documentos relacionados no levantamento fiscal apresentado, identificou e reconheceu como documentos acobertadores de aquisições de mercadorias por ele realizadas dezesseis notas fiscais que se encontravam devidamente registradas no seu livro Registro de Entradas. Indicou cada uma delas. Anexou ao processo cópias dos referidos documentos.

Corroborando sua arguição de nulidade, o fato do autuante não ter apresentado as cópias das notas fiscais utilizadas como fundamento à acusação de omissão fiscal.

Registrou que, como as supostas diferenças no recolhimento do ICMS estavam “atreladas” à inclusão das citadas notas fiscais, não haveria diferenças. Reconhece apenas as dezesseis notas fiscais apresentadas.

Em réplica às fls. 323 e 324, o autuante esclareceu que as notas fiscais colhidas junto o Sistema CFAMT não foram anexadas aos autos nem tampouco entregues ao autuado por não tê-las recebidas na ocasião do encerramento da fiscalização. No entanto, ao recebê-las, procedeu a uma nova análise, quando foi refeito o levantamento fiscal (infração 4) com a exclusão das não apresentadas. Além deste procedimento, ainda acatou o argumento de defesa quanto aos documentos registrados na sua escrita, bem como, retificou o valor da base de cálculo do imposto, pois no relatório do CFAMT apenas é apresentado o “valor total da nota”. Reduziu o valor do imposto cobrado, anexando à sua informação todos os documentos produzidos bem como as notas fiscais.

Por fim, analisou as mercadorias constantes nos documentos fiscais, concluindo que se trataram de mercadorias atinentes ao ramo de atividade do contribuinte (supermercado), emitidas por seus habituais fornecedores, contendo correta e integralmente seus dados cadastrais, transitaram diretamente em seu destino e eram cópias retidas nos postos fiscais. Requereu a procedência parcial da autuação.

Manifestando-se sobre a réplica fiscal às fls. 1552 a 1555, o impugnante acusou as modificações do débito efetuadas pelo autuado (exclusão das notas fiscais registradas e daquelas não apresentadas pelo CFAMT), reafirmando que nunca havia recebido mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, nem, tampouco, deixou de registrá-las. Assevera ainda que o procedimento de obtenção dos dados cadastrais das empresas e da captura dos documentos fiscais pela Secretaria da Fazenda nos postos fiscais não é suficiente para configurar a hipótese de omissão de vendas de mercadorias, pois assentada em mera presunção não aceita pelos princípios gerais de direito, principalmente pelo princípio da tipicidade cerrada.

Argumenta ainda que terceiros se utilizaram de maneira ilegal dos dados da empresa, conforme denúncia formulada em 22/3/2005, na qual acusa uma empresa situada no estado de Sergipe e uma outra neste Estado de tentarem entregar as mercadorias sem nota fiscal. Ressalta o princípio da verdade material, pugnando pela improcedência da autuação.

Relativamente às infrações 1 e 4, a 4ª JF requereu diligência à ASTEC/CONSEF (fls. 1558/1559), para que fiscal estranho ao feito elaborasse demonstrativo, considerando para o cálculo do ajuste a receita declarada pelo sujeito passivo e a omitida, apurada mediante Auditoria de Caixa, até o período de outubro de 2000 e apresentada quando da informação fiscal (fls. 325/360), relativa à infração 4. Em seguida, ajustasse a cobrança do imposto ao método de apuração simplificado SimBahia, observando o disposto no art. 386-A do RICMS/97 e indicasse os valores devidos, mês a mês, deste período.

A diligência deveria ainda apurar as seguintes situações:

- a) existência de duplicidade de lançamento relativo a todo o período fiscalizado, ou seja, de 1999 a 2003, relativamente às infrações 1, 2 e 4, considerando os saldos credores de Caixa. 1999 a 2003;
- b) o imposto no mês de fevereiro/2000 foi indicado como receita bruta do mês o valor de R\$12.435,19 (fl. 13). Os valores desta receita bruta são os mesmos indicados como recebimentos (fl. 67 e 355) quando realizada a auditoria da conta Caixa. Nesta auditoria, o citado mês está “zerado”, devendo ser investigado todo o exercício de 2000.

O parecer ASTEC/CONSEF nº 207/2005 às fls. 1562/1564 “*esclareceu que a empresa autuada, apesar de não obrigada, escriturava os livros Registro de Entradas e de Saídas. Nesta circunstância, para elaboração dos demonstrativos das infrações 1 e 2, o autuante considerou os valores neles escriturados. Desta forma, nelas não havia incluído os saldos credores apurados na auditoria de Caixa.*

Quanto à auditoria de Caixa (fls. 45, 67, 90, 112 e 130), os recebimentos e pagamentos foram extraídos do livro Caixa (fotocópia por amostragem às fls. 1569 a 1580) com a inclusão, nos pagamentos, das notas fiscais de entradas não registradas no livro Registro de Entradas.

Ressaltou que em todos os meses, exceto no mês de fevereiro/2000, os valores registrados no livro de Saídas coincidiam com os lançados na receita de vendas no livro Caixa, demonstrando, desta forma, terem sido todas elas realizadas à vista e presumindo que naquele mês (fevereiro/2000) houve erro contábil, já que as vendas mensais não foram registradas. Nesta circunstância, ou seja, incluindo as vendas neste mês (R\$12.435,19) e não escrituradas no livro Caixa, apresentou novo fluxo de caixa para o exercício de 2000.

Observou que o cálculo do imposto devido, no período de janeiro/1999 a outubro/2000 foi efetuado de acordo com o determinado no art. 386-A do RICMS/97 (fl. 1565), visto que naquele período a empresa estava enquadrada como microempresa no regime SimBahia. Esclareceu que ao apurar a Receita Total, adicionou à Receita declarada pela empresa os saldos credores constatados no fluxo de caixa, conforme planilha apensada à fl. 1564-A. Com base no levantamento elaborado pelo autuante às fls. 359, bem como pelas retificações procedidas no período de novembro/2000 a dezembro/2003, o débito da infração 4 passou a ser de R\$ 33.375,93.”

Pronunciando-se sobre o resultado da diligência fiscal, apesar de assentir em parte, sustentou o Autuado a mesma argumentação defensiva, qual seja:

1. não reconhece as notas que remanesceram no Auto de Infração, pois nunca adquiriu mercadorias desacompanhadas de nota fiscal;
2. dos documentos fiscais relacionados no levantamento somente dezesseis deles lhe pertenciam e foram, inclusive retirados da autuação;
3. que o fisco não pode autuar somente através de documentos fiscais colhidos nos Postos Fiscais, pois é do conhecimento de todos a utilização de dados cadastrais de empresas por terceiros.
4. que as supostas diferenças apuradas, por estarem “atreladas” ao lançamento dos documentos fiscais colhidos por esta Secretaria da Fazenda, lançadas no seu Caixa e não reconhecidas como aquisições realizadas, não poderiam subsistir. Argüi, por fim, a inconstitucionalidade da legislação que suportou a ação fiscal com base em ficção.

O autuante, por seu turno, aderiu sem restrições ao resultado da diligência fiscal, consoante manifestação às fl. 1587-verso.

Às fls. 1595 a 1602, a r. 5ª JFF julga Procedente em Parte a autuação, condenando o recorrente ao pagamento de ICMS no valor total de R\$36.493,77, consoante acima registrado.

Antes do enfrentamento do mérito, a JJF rejeitou a preliminar de nulidade, ao fundamento de que a informação fiscal sanou os indigitados vícios, cuidando-se ainda da exclusão dos documentos cujas cópias não foram anexadas aos autos e apresentadas ao contribuinte.

No atinente à argüição de inconstitucionalidade da presunção aplicada na infração 4, entende incompetente para arrostá-la, a teor do art. 167, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Ao enfrentar o mérito afeto às infrações 1 e 2, em que pese a ausência de impugnação expressa e específica, o ‘a quo’ constatou o recolhimento do ICMS nos meses de novembro e dezembro de 1999 e de março de 2000, estando inclusos, tais meses, no levantamento fiscal referente a auditoria de caixa.

Assenta que fiscal estranho ao feito procedeu aos ajustes de Receita Bruta, unindo neste período as duas infrações (1 e 4) para se saber se haveria ou não imposto a ser reclamado. Fulcrado nas ilações da diligência, o ‘a quo’ excluiu da infração 1 o ICMS exigido nos meses de novembro e dezembro de 1999 e março de 2000, retificando-se a autuação de R\$505,00 para R\$280,00, na forma do demonstrativo adiante, mantendo, contudo, a autuação no que pertine à infração 02.

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO INFRAÇÃO 1

CÓDIGO DÉBITO	DATA OCORRÊNCIA	DATA VENCIMENTO	ICMS	MULTA (%)
10	30/11/2000	09/12/2000	60,00	50
10	31/12/2000	09/01/2001	60,00	50
10	30/11/2001	09/12/2001	80,00	50
10	31/12/2001	09/01/2002	80,00	50
TOTAL			280,00	

Tratando da infração 3, a JJF manteve a autuação, amparado na ausência de contestação, ressaltando, contudo, que “os documentos fiscais autuados neste item, a exceção daqueles de nº 1.021 de abril/2002 (fl. 344), nº 306.413, de fevereiro/2003 (fl. 350) e nº 379.085 de outubro/2003 (fl. 353) não foram colhidos junto ao Sistema Informatizado desta Secretaria da Fazenda e sim, junto a empresa autuado. Informo, ainda, que o de nº 1.021 foi excluído do item 4 da autuação por estar lançado na escrita do impugnante, porém sem o recolhimento da antecipação tributária. Os outros dois, diante do meu convencimento e da norma legal vigente, que adiante exponho, não podem ser retirados do levantamento fiscal.”

No que se refere à infração 4, sustenta o ‘a quo’ a juridicidade da presunção amparada no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96, cabendo ao sujeito passivo a prova em contrário, por tratar-se de presunção relativa. Enfatiza o refazimento da conta caixa da empresa pelo autuante, constatando a prática das irregularidades.

Em abono de seu entendimento, aduz o ‘a quo’ que “o Colegiado tem se posicionado favoravelmente ao sujeito passivo, quando não existem provas da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento.”

Assegura, assim, que a espécie não pode se aproveitar deste entendimento, visto que “as demais notas fiscais estão revestidas de todas as formalidades legais, têm como destinatário o autuado, são dos seus fornecedores, foram internalizadas neste Estado, foram colhidas pelo próprio fisco estadual, além de serem compras à prazo. Diante desses fatos, os citados documentos constituem prova suficiente da existência de operações comerciais por ele realizadas e devem compor a auditoria de Caixa feita.”

Respondendo a alegação de utilização fraudulenta de seus dados cadastrais, o ‘a quo’ entende que caberia ao autuado acionar o Poder Judiciário no desiderato de comprovar os fatos e buscar a reparação de seus prejuízos.

Salienta que nos exercícios de 1999 e 2000, mantinha-se o autuado enquadrado no SimBahia, e que, ao tempo do cometimento das infrações, a norma tributária não impunha o desenquadramento, mesmo que fosse constatada a prática de atos fraudulentos, tal qual, saldo credor de Caixa.

No respeitante aos créditos apurados a partir de novembro de 2000, defende o ‘*a quo*’ a licitude da ação fiscal, máxime pela observância da Lei nº 8.534/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98, impondo a exigência do ICMS com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Reforça seu entendimento as correções e ajustes realizados pela diligência, demonstrados às fls. 359 a 360. Mantém parcialmente a autuação no valor de R\$ 33.375,93, conforme planilha à fl. 1566.

Notificada regularmente da Decisão, o autuado deixou transcorrer ‘*in albis*’ o decênio para a interposição do Recurso Voluntário.

Decisão ‘*a quo*’ desafia Recurso de Ofício, na forma do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

VOTO

Aponta o presente Auto de Infração 4 irregularidades. Decisão ‘*a quo*’ manteve as infrações 2 e 3, procedendo, contudo, a reforma parcial das infrações 1 e 4.

A infração 1 versa sobre recolhimento insuficiente de ICMS, na condição de microempresa, enquadrada no regime simplificado de apuração do imposto – SimBahia, totalizando R\$505,00. A infração 4 reporta-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor na conta Caixa nos exercícios de 1999 a 2003, totalizando R\$51.326,59. Ambas as infrações tomam por base documentos fiscais não reconhecidos pelo recorrido.

O recorrido não cuidou da impugnação expressa e específica das infrações 1 e 2, alegando, contudo, no ensejo da resposta às informações fiscais, que nunca recebera mercadorias desacompanhadas de documento fiscal, procedendo ao regular registro de toda e qualquer nota fiscal. Reconhece, ademais, apenas dezesseis notas fiscais que se encontravam devidamente registradas no seu livro Registro de Entradas. Ignora, assim, a origem das demais notas fiscais, base da inferência do pagamento insuficiente do ICMS, aludindo a utilização indevida dos dados da empresa por parte de terceiros, conforme registro de denúncia. Conclui, por fim, que as supostas diferenças no recolhimento do ICMS estavam “atreladas” à inclusão das espúrias notas fiscais.

Os autos foram convolados em diligência ante a constatação do recolhimento do ICMS nos meses de novembro e dezembro de 1999 e de março de 2000, estando inclusos, tais meses, no levantamento fiscal referente a auditoria de caixa. Investigou a ASTEC/CONSEF a existência de duplicidade de lançamento e controvérsia acerca da receita bruta auferida no mês de Fevereiro de 2000.

O parecer ASTEC/CONSEF nº 207/2005 às fls. 1562/1564 “*esclareceu que a empresa autuada, apesar de não obrigada, escriturava os livros Registro de Entradas e de Saídas. Nesta circunstância, para elaboração dos demonstrativos das infrações 1 e 2, o autuante considerou os valores neles escriturados. Desta forma, nelas não havia incluído os saldos credores apurados na auditoria de Caixa.*”

A auditoria de Caixa considerou toda a movimentação registrada no livro, tendo constatado operações realizadas à vista e presumindo que no mês de Fevereiro/2000 houve erro contábil, já que as vendas mensais não foram registradas. Assim sendo, elaborou novo fluxo de Caixa relativamente ao exercício de 2000, incluindo, desta feita, as operações de venda em Fevereiro/2000.

Neste diapasão, mantenho Decisão primária, relativamente à infração 1, pois o débito foi devidamente depurado pela ASTEC, tendo sido excluídos da autuação valores ilegítimos, que importaram na redução da condenação de R\$505,00 para R\$280,00, na forma do demonstrativo consignado no Acórdão recorrido. Nego Provimento neste quesito ao Recurso de Ofício.

No que atine à infração 4, entendo, igualmente, acertada Decisão ‘*a quo*’, na medida em que ao tempo do cometimento das infrações a norma tributária não contemplava o desenquadramento do SimBahia, ainda que constatada falta grave atribuída ao contribuinte.

Portanto, lastreado nas correções e ajustes realizados pela ASTEC, às fls. 359/360, mantenho Decisão hostilizada que promoveu a redução da condenação para R\$33.375,93, conforme planilha consignada no acórdão recorrido.

Portanto, NEGOU PROVIMENTO ao Recurso de Ofício, mantendo Decisão ‘*a quo*’ por seus próprios fundamentos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **110427.0014/04-1**, lavrado contra **CEREALISTA COADE LTDA. (SUPERMERCADO DUDUZÃO)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$36.493,77**, sendo R\$2.506,44, atualizado monetariamente acrescido das multas de 70% sobre R\$1.349,26, 60% sobre R\$142,18 e 50% sobre R\$1.015,00 previstas no art. 42, III, II “d” e I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, e R\$33.987,33 acrescido das multas de 70% sobre R\$31.071,67, 60% sobre R\$2.187,26 e 50% sobre R\$728,40, previstas, respectivamente, no art. 42, III, II, “d” e I, “b”, 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de abril de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

BENTO LUIZ FREIRE VILLA NOVA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS