

PROCESSO - A. I. Nº 2069870203/05-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (NOVA CASAS BAHIA)
RECORRIDOS - JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (NOVA CASAS BAHIA) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL.
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO - Acórdão 5^aJJF nº 0222-05/06
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 13/12/2006

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0433-11/06

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. SALDO CREDOR DE CAIXA. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor de caixa indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizados. Previsão legal para exigência do imposto pelo regime normal de apuração a partir de 01/11/00, para o caso presente, por se tratar de contribuinte inscrito na condição de Empresa de Pequeno Porte – SimBahia. Ajustando-os às normas do Decreto nº 7.867/00, para apuração do imposto pelo regime normal. Para o apurado após o referido prazo, os cálculos foram refeitos, adequando-os ao que determina a legislação tributária, com base nos critérios previstos para tal situação. Reduzido o valor do débito. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS - DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. OMISSÃO DAS AQUISIÇÕES EFETUADAS EM 2000 A 2003. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Infração absorvida pelo descumprimento de obrigação tributária principal contida no item anterior. Rejeitadas as preliminares arguidas. Indeferido o pedido de diligência. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário e Recurso de Ofício interpostos contra a Decisão que julgou Procedente em Parte o presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2005, o qual exige ICMS no valor de R\$398.241,01, além de ter sido aplicada a multa no valor de R\$519,13, em razão das seguintes irregularidades:

1. Omissão de saídas de mercadorias apurado mediante saldo credor na conta Caixa, referente ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2003. Em complemento à acusação, o autuante consignou que o contribuinte era inscrito no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, sendo desenquadrado do aludido regime, tendo o imposto sido apurado com base nas alíquotas aplicáveis às operações normais, com base na Lei nº 7.357/98 e;
2. Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, nos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2003;

Após o oferecimento de impugnação pelo recorrente, os membros do órgão de primeiro grau decidiram que o lançamento é procedente em parte em virtude das seguintes razões:

Inicialmente, afastaram a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente ao alegar não ter adquirido as mercadorias listadas em levantamento fiscal para a infração 1. Aduziram que este Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, por meio de reiteradas decisões, consolidou a jurisprudência em relação à aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, comprovado pelas vias de notas fiscais retidas através do CFAMT.

Observaram também que o Auto de Infração contém elementos suficientes para caracterizar os fatos geradores da infração, os dispositivos infringidos, assim como está demonstrada a forma de apuração das bases de cálculo nos demonstrativos anexados aos autos, não violando assim, inciso algum do art. 18 do RPAF. Dessa maneira, o sujeito passivo tributário, nas três vezes em que se manifestou neste PAF, dispôs de prazo suficiente para trazer a lide às provas que alegava dispor, além de ter ciência das imputações que lhe eram feitas. Entenderam também que se encontram presentes nos autos os elementos suficientes para a Decisão, razão pela qual indeferiram a diligência solicitada pelo contribuinte.

Quanto à afirmação do contribuinte de que a Lei nº 7.357/98, ao dispor que o imposto para o optante do SimBahia deva ser apurado com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatar a prática de infrações de natureza grave, está eivada de constitucionalidade, informaram que carece à Junta competência para apreciar a suposta constitucionalidade de medida prevista em lei estadual. Por isso rejeitaram essa razão defensiva.

Aduziram que o recorrente em sua defesa alertou para o fato de não ter adquirido as mercadorias arroladas no levantamento fiscal. Solicitou, o mesmo, o envio do PAF à PGE/PROFIS com o fim de se apurar a efetiva entrada das mercadorias mencionadas, tendo elaborado quesitos os quais pretendia submetê-los à apreciação daquele órgão. Após a realização da diligência requerida pela 5ª JJF, o sujeito passivo tributário passou a admitir o que antes negava taxativamente - o cometimento da infração, embora apenas no que se referia às notas fiscais vinculadas aos CTRCs trazidos à lide pelo autuante. Esclareceram que a realização de diligência ou perícia fiscal não é uma atribuição da PGE/PROFIS, mas sim da Assessoria Técnica deste Conselho ou do próprio autuante, quando assim se fizer necessário.

Da análise dos autos, constataram que as Notas Fiscais de nºs 722851, 722834, 641560, 759308, 895296, 895294 e 18715 embora tenham sido lançadas em duplicidade no Demonstrativo Dos Créditos de ICMS pelas Compras (fls 228/229), não o foram na apuração do imposto ora reclamado. Informaram que o autuante utilizou o crédito presumido de 8% de novembro de 2000 em diante (este inclusive), em obediência à legislação vigente, não havendo assim repercussão alguma na apuração do imposto o lançamento em duplicidade das mesmas no demonstrativo fiscal intitulado de “Dos Créditos de ICMS pelas Compras”. No tocante as demais notas fiscais autuadas, apesar do contribuinte protestar não ter sido ele o adquirente, entenderam que este argumento não pode ser acolhido, pois como dito, aqui se trata de uma presunção, e o recorrente não apresentou qualquer elemento de prova suficiente para elidir a acusação a ele feita.

Quanto ao mérito desta infração, o autuante apresentou demonstrativos de janeiro a outubro de 2000, adicionando a receita omitida a declarada e assim obtendo o imposto a recolher. Este foi o procedimento recomendado pela diligência solicitada. Isto porque até então, não havia autorização legal para tributar infração como esta fora do Regime Simplificado. Até outubro de 2000, a Lei nº 7.357/98, que instituiu o SimBahia, determinava que apenas seriam tributadas fora do Regime Simplificado, as infrações previstas nos seus arts. 15, 16, 17 e 18. A situação ora em comento está tipificado no art. 15, V da mencionada Lei, que se vincula a ocorrência da prática de infração de natureza grave.

A definição do que seja uma infração de natureza grave é dada pelo RICMS-BA/97, que apenas através da Alteração nº 20 - Decreto nº 7.867, de 01/11/00, publicado no DOE de 02/11/00, passou a

definir a infração combatida como grave. Antes não o era para o SIMBAHIA. Daí o motivo de se tributar pelas normas do Regime Simplificado infrações dessa natureza ocorridas até novembro de 2000. Por essa mesma razão, a multa aplicada foi convertida para o percentual de 50%. Salientaram que o autuante tributou as operações omitidas daquele período como lhe foi determinado em diligência (fl 1117).

Ressaltaram que a partir de novembro de 2000 (este mês inclusive), ao valor apurado foi deduzido o crédito presumido de 8%, como assim estabelece o art. 408-S, §1º do RICMS. Observaram que para este período o atuante laborou em erro ao adicionar o saldo credor constatado na conta Caixa com a RBA declarada. Refizeram o levantamento, considerando apenas o saldo credor na conta Caixa, conservando o valor referente a novembro de 2000, uma vez que o valor apurado supera o disposto na inicial, e é defeso à autoridade julgadora agravar a infração sob sua análise, conforme art. 156 do RPAF.

Salientaram também que como se trata de saldo credor na conta Caixa, este é o valor apurado ao final de cada mês, e não em data inferior a essa, como assim considerou o autuante nos meses março de 2001 (este excluído do levantamento por não se ter constatado saldo credor ao final do mês); julho, novembro e dezembro de 2002, e março, abril a dezembro de 2003. Observaram que esses valores foram modificados pela 5ª JJF, adotando aqueles que constavam ao final de cada mês.

Constataram que a omissão está, à vista das notas fiscais colhidas no CFAMT em confronto com o constante no livro Caixa, evidenciada. O desenquadramento aqui é quanto à infração e não em relação à condição cadastral, procedimento a ser levado *a posteriori* pela Inspetoria Fazendária, apartado da infração imputada ao sujeito passivo tributário e não o motivador da autuação. Esse foi saldo credor na conta Caixa, e se encontra plenamente consubstanciado nos demonstrativos trazidos aos autos.

Em sendo assim, decidiram pela Procedência Parcial desta infração.

Quanto à segunda infração, alegou, o recorrente, em sua defesa, que o art. 915, XVIII ao não definir se a mesma é por um ou vários períodos o fulminou de nulidade. Os membros *a quo* emitiram opinião de que as ocorrências relatadas na 2ª infração têm a mesma natureza, e assim, a essas se deva aplicar apenas uma multa. Ocorre que ao analisar esta infração, perceberam que a mesma tem como meio de prova as notas fiscais usadas para fundamentar a infração anterior, ou seja, o autuante se valeu das mesmas notas fiscais para provar duas infrações distintas. Entenderam assim que a segunda, descumprimento de obrigação acessória, foi absorvida pela que exige imposto, razão pela qual acordaram pelo afastamento desta, nos termos do art. 158 do RPAF.

Ante o exposto, concluíram pela Procedência em Parte do Auto de Infração para exigir ICMS no importe de R\$105.678,93.

A Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Irresignado com a Decisão de Primeira Instância, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário em virtude das seguintes razões:

Argui erro material constante na conclusão do acórdão ao estabelecer a multa de 70% para ambos os valores da infração nº 01. Alega que ficou estabelecido que a multa aplicável seria aquela prevista no art. 42, I, “b”, 1, equivalente a 50%, todavia na conclusão do acórdão recorrido consta ambos os valores com 70%. Requer a retificação.

Alega nulidade do Auto de Infração com base no art. 18 do RPAF, sem, contudo, indicar individualmente qual elemento traduz a referida nulidade.

Pugna pela procedência parcial do Auto de Infração, reconhecendo o imposto devido no valor de R\$ 39.252,45, referente às CTRC's juntadas aos autos pela autuante e que comprovam a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento do recorrente.

Quanto às demais mercadorias, sustenta que o ônus da prova é do Fisco, não admite presunção prevista em lei e argui que o Fisco tem que comprovar a efetiva entrada das mercadorias. Aduz que é de praxe empresas adquirirem produtos em nome de outras. Salienta que o autuante não apresentou os canhotos devidamente assinados por representante ou preposto do recorrente, referentes às respectivas notas fiscais que embasaram a autuação.

O recorrente alega que só possuiu um único modo de provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, que é o fato da não escrituração em escrita fiscal, enquanto que o fisco tem ampla possibilidade de comprovar o quanto alegado pelo o mesmo, exemplifica com a auditoria realizada nos estabelecimentos que supostamente venderam ao recorrente. Cita o art. 333 do Código de Processo Civil, que dispõe que o ônus da prova cabe a quem alegar o fato.

Faz referência aos princípios da moralidade; legalidade; proporcionalidade; e razoabilidade, para corroborar a tese defendida de que a presunção não pode ser admitida e que cabe ao Fisco comprovar efetivamente a infração supostamente cometida.

Requer o Provimento do Recurso Voluntário para que seja reconhecida a Procedência Parcial do Auto de Infração.

Em Parecer de fls. 1353/1356, a ilustre representante da PGE/PROFIS emitiu opinião pelo acolhimento da preliminar de erro material e, no mérito, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, embasada nas seguintes razões:

Salientou que o presente procedimento se encontra revestido das formalidades legais, estando perfeitamente determinados o autuado; o montante devido; e a natureza da infração, e, portanto, não foi constatado qualquer vício formal ou material apto a comprometer a autuação fiscal.

Quanto à alegação de erro material, entendeu que, de acordo com a fundamentação do acórdão hostilizado, conclui-se pela imposição de multa no valor de 50% para os fatos geradores ocorridos até novembro de 2000, no entanto, a resolução do mesmo determinou a aplicação de multa no valor de 70% para todo o débito.

Diante disso, opina pela retificação da resolução para que conste multa de 50% sobre o débito relativo aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2000, no valor de R\$ 12.010,03, mantendo a multa de 70% para o restante da quantia.

Quanto ao mérito do Recurso Voluntário, a ilustre representante entendeu que o contribuinte se limitou a negar o cometimento da infração, aduzindo ilações vazias, sem qualquer lastro probatório, com caráter eminentemente procrastinatório. Portanto, em razão do art. 143 do RPAF, não acata a fundamentação do recorrente.

Por tudo isso, conclui pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, nada obstante reconhecer o erro material que deve ser retificado.

VOTO

Após análise dos autos, verifico inicialmente que a alegação de nulidade do recorrente não deve ser acolhida, uma vez que o presente lançamento tributário está revestido de todos os requisitos formais e materiais, não se configurando, portanto, nenhuma das hipóteses do art. 18 do RPAF.

No mérito, entendo que a presunção objeto da irresignação do recorrente encontra-se prevista em lei e admite prova em contrário. Todavia, o recorrente não trouxe aos autos elementos probatórios capazes de afastar a infração. Limitou-se a repetir a argumentação utilizada em sua defesa e devidamente examinada pela 5ª JJJ, qual seja a de que não adquiriu mercadorias

constantes de parte do levantamento fiscal. Ocorre que a negação de cometimento de infração, por si só não é capaz de elidi-la, conforme estabelece o art. 143 do RPAF.

Ademais, cumpre ressaltar que as citações aos princípios constitucionais elencados nas razões recursais são desnecessárias, pois a presunção está prevista em lei e, em virtude no disposto no art. 167, I, do RPAF, não cabe a este órgão administrativo a declaração de constitucionalidade da legislação estadual.

Entretanto, entendo que assiste razão ao recorrente no referente ao erro material constante no capítulo dispositivo do acórdão recorrido. Da análise da Decisão de primeiro grau constata-se que o juízo de primeira instância reconheceu que a multa aplicada aos fatos geradores ocorridos até novembro de 2000 é a prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei 7014/96, ou seja, 50%, sendo aplicada a multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei 7014/96, aos fatos geradores ocorridos após a alteração nº 20 - decreto nº 7.867, de 01/11/00, publicado no DOE de 02/11/00. Todavia, na resolução da Decisão aplicou a multa de 70% à totalidade do débito.

Assim, como bem ressaltou a ilustre representante da Fazenda deve ser retificado o porcentual da multa aplicada, fazendo a diferença entre a parcela do débito com multa de 50% e a restante que será aplicada multa de 70%.

Dessa forma, voto pelo acolhimento da preliminar de erro material suscitada pelo recorrente, entretanto, quanto ao mérito, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

Quanto ao Recurso de Ofício, entendo que a Decisão do órgão *a quo* não merece qualquer reparo porque foi fundamentada na legislação aplicável. A segunda infração deve ser absorvida pela primeira, sob pena do mesmo fato ensejar duas infrações distintas.

Outrossim, entendo que o valor apurado pela 5ª JJF em relação à primeira infração, não merece qualquer reparo, uma vez que reconheceu o direito do contribuinte que tinha sido suprimido pela equivocada interpretação do autuante.

Ante o exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 206987.0203/05-1, lavrado contra **JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA. (NOVA CASAS BAHIA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$105.678,93**, sendo R\$14.549,52, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$91.129,41, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da citada lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de novembro de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

MARCOS ROGÉRIO LYRIO PIMENTA – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS