

A. I. Nº - 2069260030/05-6
AUTUADO - R. D. ANDRE BARRETO
AUTUANTE - DELSON ANTONIO BARBOSA AGUIAR
ORIGEM - INFRAZ ITAMARAJU
INTERNET - 03.02.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0017-01/06

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. 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. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente comprovada. Previsão legal para exigência do imposto pelo regime normal de apuração a partir de 30/12/2000. Tendo em vista que o período fiscalizado foi entre 2001 e 2004, e que o autuado se encontrava enquadrado no regime de apuração simplificado (EPP) até 01/08/2003, está correto o seu desenquadramento entre o período de janeiro/2001 e 31/07/2003, para reclamar o imposto, no presente caso, com a alíquota de 17% com a concessão do crédito fiscal previsto pela legislação tributária estadual. Auto de Infração **PARCIALMENTE PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 28/09/2005, exige ICMS no valor de R\$35.246,10, por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, com multa de 70%.

O autuado, às fls.90 a 102, apresentou sua impugnação ao auto de infração, alegando que não há previsão legal para o desenquadramento do autuado, uma vez que era Empresa de Pequeno Porte – SimBahia e não foi considerado pelo autuante, que aplicou a alíquota de 17%. Segundo a impugnante a alíquota deveria ser aquela prevista para o regime fiscal que se encontrava enquadrada a empresa fiscalizada, a época do fato gerador, descabendo a desqualificação do regime na ação fiscal.

Traz ainda os Acordãos JJF nº 0123/01-4 e nº 0098-01/04, que ensejam decisões no sentido de reclamar as omissões de saídas de mercadorias apuradas, com base no regime de apuração simplificada do Simbahia.

Através dos ensinamentos dos ilustres doutrinadores: Paulo Bonavides (relativo ao princípio da proporcionalidade), Luis Roberto Barroso(relativo ao princípio da

razoabilidade), Gilmar Ferreira Mendes (relativo ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade), além da decisão proferida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 18331, em 21.09.51, pelo Ministro Orozimbo Nonato, do Egrégio Supremo Tribunal Federal, onde o mesmo privilegia o princípio da proporcionalidade em seu voto relativo à majoração do imposto sobre as cabines de banho do Município de Santos, no Estado de São Paulo.

Procura, o impugnante, demonstrar a violação desses princípios, na medida em que, segundo ele, houve o desenquadramento da empresa do Regime Simplificado do Simbahia para o Regime Normal, com a aplicação da alíquota de 17% na apuração do débito reclamado pelo autuante.

Quanto ao mérito, o impugnante requer que sejam deduzidos dos valores reclamados, mais especificamente, da base de cálculo dos valores reclamados, os valores da base de cálculo dos autos de infração que foram lavrados durante o período fiscalizado, reclamando omissões de saídas de mercadorias, quais sejam: auto de infração nº 02570568 no valor de R\$ 6.425,02; auto de infração nº 213894.0003/01-3, no valor de R\$ 9.316,17; auto de infração nº 2069260018/01-3, no valor de R\$ 4.525,58 conforme cópias que anexou aos autos.

Requer o impugnante, a improcedência do auto de infração em questão, em sua totalidade, e, alternativamente, requer sejam expurgados os excessos, adequando à realidade dos fatos, requerendo, também, todo gênero de prova em direito admitindo, inclusive pericial, reservando-se para indicar assistente técnico e formular quesitos, se deferida a perícia, o que de logo requereu.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 115 e 116, dos autos, rebate as acusações da defesa alegando que não aplicou a alíquota de 17% quando a empresa era de pequeno porte, uma vez que a mesma estava na condição NORMAL, desde 01/08/2003. Entre o período de 2001 e 31/07/2003, quando houve omissão de receitas ele aplicou o crédito de 8%, conforme manda a legislação em vigor.

Em relação aos autos que a defesa apresentou para abater das omissões de receitas, o único que estava dentro do período fiscalizado foi o nº 2069260018/01-3, com base de cálculo de R\$4.525,58, caracterizado como omissão de saída de mercadorias, que , segundo ele, colocou nos pagamentos do mês de maio.

VOTO

O contribuinte, entre o período fiscalizado de janeiro de 2001 a agosto de 2003, estava enquadrado no SIMBAHIA (EPP), porém, ante a constatação da omissão de saídas de mercadorias relativas às infrações apontadas, o imposto deveria ser calculado pelos mesmos critérios estabelecidos para os contribuintes inscritos no regime normal, previsto no artigo 408-S, do RICM/97, com a aplicação da alíquota de 17% (dezessete por cento), conforme alteração introduzida pelo Decreto 7886/00, com efeito a partir de 30/12/00, e o crédito fiscal calculado à alíquota 8% sobre a receita omitida, nos termos do artigo 408-S, § 1º, do RICMS/97, alterado pelo Decreto nº 8.413/02, conforme fez o autuante e determina as normas subsumidas no RICMS/97:

“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.”

.....
“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 natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.”

.....
“Art. 915. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;” (grifo nosso)”

È de nosso entendimento, que o preposto da Fazenda Pública não feriu os Princípios da Proporcionalidade ou da Razoabilidade, que de certa forma estão vinculados, na medida em que é a proporcionalidade um atributo da razoabilidade.

O autuante em conformidade com a lei, aplicou a alíquota de 17% para as omissões tipificadas nas infrações do inciso V do art. 408-L, entre os exercícios de 2001 e 31/07/2003, que previa, entre outras para a sua manutenção no referido sistema à inocorrência de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915 do RICMS.

Portando, o Estado ao conceder ao contribuinte um tratamento diferenciado em função de sua receita bruta ajustada, aceitando o seu enquadramento no regime simplificado, fixa a condição negativa da inocorrência de infrações que considera de natureza grave. Infrações estas, que buscam reduzir a aludida receita, impedindo ou distorcendo a aplicação do regime simplificado de apuração para estes contribuintes, que, desta forma, se não forem submetidos à cobrança do imposto com aplicação da alíquota interna normal incidente sobre as omissões previstas nas aludidas infrações, estaria o Estado ferindo o princípio constitucional da igualdade, uma vez que incorreria em um tratamento desigual em relação a aqueles que, enquadrados o regime simplificado, não omitem suas receitas através das referidas infrações e recolhem os impostos devidos.

Observo, por fim, que o autuante, como afirma o impugnante, não desenquadrou a empresa do regime simplificado, apenas reclamou o imposto devido com a alíquota de 17%, em relação às infrações por ele cometidas e previstas no inciso V do artigo 408-L do RICMS/97.

Quanto aos outros autos que foram lavrados durante o período fiscalizado, reclamando omissões de saídas de mercadorias, quais sejam: auto de infração nº 02570568 no valor de R\$

6.425,02; Auto de Infração nº 02570568 no valor de R\$ 6.425,02; Auto de Infração nº 213894.0003/01-3, no valor de R\$9.316,17; Auto de Infração nº 2069260018/01-3, no valor de R\$ 4.525,58, o autuante apenas considerou este último, já que os outros não são referentes aos períodos fiscalizados, e o caixa inicia zerado em 2001.

O autuante acrescentou à débito de caixa as omissões apuradas no Auto de Infração nº 206926001-3, reajustado às receitas, no referido auto de infração (R\$ 4.252,58), reajustando os recebimentos no referido mês para R\$ 31.909,37, recalculando, desta forma, os novos saldos credores originalmente apurados, que foram levados para a sua planilha de apuração do impostos à fl. 125 dos autos.

Considerando as razões acima expostas, não há outras informações a serem trazidas aos autos, ou mesmo provas a serem periciadas, estando presentes todos os elementos necessários para a decisão a ser prolatada por este órgão julgador.

Diante das considerações acima alinhadas, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em conformidade com o novo demonstrativo de débito do auto de infração constante às fls. 129 dos autos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 2069260030/05-6, lavrado contra **R. D. ANDRE BARRETO.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 34.838,79**, acrescido da multa de 70% prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de janeiro de 2006

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS - PRESIDENTE

ÂNGELO MÁRIO DE ARAÚJO PITOMBO- RELATOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA- JULGADOR