

A. I. Nº - 206987.0203/05-1
AUTUADO - JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA.
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 28/06/06

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0222-05/06

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 argüidas. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/09/2005, 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 de 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 autuado 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;

O autuado impugnou o lançamento fiscal, fls. 977 a 993 dos autos, preliminarmente, transcrevendo as imputações a ele feitas e o montante exigido em cada infração. Alegou que o dever jurídico de pagar um tributo nasce quando um acontecimento do mundo social realiza a hipótese figurada na norma jurídica que a descreve. Explicou que a validade dessa norma vem da regra matriz de outorga de competência contida na Constituição Federal, que atribui em ser art. 150, competência aos Estados e ao Distrito Federal para instituir o ICMS. Afirmou que é

necessário identificar a hipótese figurada ou o tipo tributável, mediante procedimento que comprove a ocorrência de seus elementos constitutivos (pessoal, material, espacial e temporal). Aduziu que é impossível nascer o dever jurídico de pagar um tributo sem que esses elementos tenham se verificado, condição imposta pelo CTN em seu art. 142. Sustentou que presidem os procedimentos administrativos os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada e que a Administração Tributária não pode ter em mãos cláusulas gerais para a exigência de impostos. Acrescentou que se a Constituição autoriza o Estado a exigir de alguém, que realize operações de circulação de mercadorias, uma prestação pecuniária, este somente estará no dever de cumprir esta prestação, se efetivamente realizar a referida operação. Chamou a atenção para o fato de não ter adquirido as mercadorias listadas em levantamento fiscal. Transcreveu os art. 18 do RPAF, 97 e 99 do CTN, para afirmar que a majoração e a redução de impostos dependem de Lei Complementar e que a definição do fato gerador e da base de cálculo devem ser pautados no CTN e direcionamentos legais. Explicou que apesar da Lei nº 7.357/98 dispor que o imposto para o optante do SIMBAHIA deverá ser exigido com base nos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, quando se constatar quaisquer das situações previstas nos artigos 15,16,17 e 18 da citada lei, o mesmo entende que esta é inconstitucional. Observou que o RICMS possibilitou a autoridade administrativa à exclusão de contribuinte que tenha praticado infrações descritas no inciso III do art. 915, desde novembro de 2000, embora tenha reiterado seu posicionamento que este deve ser exigido de acordo com as alíquotas próprias do regime simplificado. Com relação à segunda infração, asseverou que o art. 915, XVIII ao não definir se a mesma é por um ou vários períodos o fulminou de nulidade. Pugnou pela nulidade de todo o lançamento de ofício em análise.

Quanto ao mérito, afirmou que a suposição da existência de um fato não assegura que este se concretizou. Insistiu que cabe à autoridade administrativa a aplicação da norma ao fato, evidenciando sua perfeita e inequívoca subsunção, sob pena de incorrer na feitura de lançamentos sem segurança jurídica. Raciocinou que admitir autuações baseadas em meras “presunções”, como a referente às entradas de mercadorias sem o devido registro fiscal, apurado através de notas fiscais retidas em postos fiscais, é estar em desacordo com os princípios da moralidade administrativa, da razoabilidade e da proporcionalidade, desincumbindo o sujeito ativo de atestar o fato constitutivo do seu direito ao crédito tributário. Requereu o envio do PAF a PGE/PROFIS com o fim de se apurar a efetiva entrada das mercadorias constantes nas notas fiscais referidas na autuação. Elaborou quesitação a que gostaria de ver respondida pela Procuradoria.

Protestou pela juntada posterior de provas, pela nulidade do presente auto de infração, e vencida essa, pela improcedência da autuação.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 1103 a 1104 dos autos, informou que as notas fiscais anexadas aos autos são de tradicionais fornecedores do autuado, configurando uma relação comercial intensa e sólida. Explicou que por essa omissão, a empresa foi desenquadrada do SIMBAHIA, sendo aplicado os critérios de apuração do regime normal. Explicou que a essa estreita relação comercial apresentará prova em tempo oportuno. Ressaltou que a ele não cabe discutir acerca de inconstitucionalidade da legislação estadual. Observou que o auto de infração em comento foi lavrado seguindo-se todos os procedimentos exigidos pelo RPAF. Manteve a autuação em sua totalidade.

Esta 5ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu baixar os autos em diligência (fls 1111) para que o autuante elaborasse demonstrativo para os meses de janeiro a outubro de 2000, aplicando-se aos débitos apurados as alíquotas próprias do SIMBAHIA, de acordo com a condição e faixa a que estaria enquadrado o contribuinte com o cômputo da receita não declarada, abatendo-se o imposto já pago e para os períodos a partir de novembro de 2000, concedesse crédito presumido de 8% do débito levantado.

O autuante em cumprimento ao solicitado, prestou informação às fls 1115 a 1116, elaborando novo demonstrativo para a infração 1. Anexou também cópias de Conhecimentos de Transporte Rodoviário de Cargas, referente as notas fiscais autuadas, com o carimbo do sujeito passivo tributário, visando provar assim que esta empresa era a real destinatário das mesmas.

O autuado foi intimado sobre essa nova informação (fls 1276/77), manifestando-se nos autos (fls 1280/83). Disse que os novos documentos carreados aos autos não se fazem acompanhar da prova de entrega das mercadorias e do carimbo da fiscalização do trânsito de mercadorias. Entende que os mesmos não se prestam a produzir prova hábil para a acusação. Informou que após manusear os documentos apresentados, percebeu que as notas fiscais de nº 722851, 722834, 641560, 759308, 895296, 895294 e 18715 constam do Demonstrativo Dos Créditos de ICMS pelas Compras (fls 228/229), tanto no mês de dezembro de 2000, quanto em janeiro de 2001.

Afirmou que alguns CTRCS como os de nº 283958, 288562, 250180, 14981170192, 170193170194 e 196036 não possuem vinculação alguma com as notas fiscais arroladas neste auto de infração. Reconheceu como devida às aquisições de mercadorias que vinculam o CTRC trazido pelo autuante com as respectivas notas fiscais. Admitiu assim o cometimento da infração no importe de R\$39.252,45. Finalizou pela procedência parcial da autuação.

Após exame dos autos, e compreensão pelo Relator de que os valores apostos em duplicidade no Demonstrativo Dos Créditos de ICMS pelas Compras (fls 228/229) não foram considerados pelo autuante para elaboração dos demonstrativos referentes à infração 1, uma vez que o mesmo se valeu do crédito presumido de 8%, como assim determinava a diligência cumprida, e que esses valores não foram lançados em duplicidade na apuração do Caixa, a diligência até então solicitada (fls 1302) foi tida como desnecessária para esse item, estando o mesmo como pronto a julgamento.

Na sessão de julgamento, depois de ouvido o patrono da autuada, decidiu-se baixar novamente os autos em diligência (fl 1311) para que o autuante elaborasse novo demonstrativo para a infração 1, referente aos débitos constituídos neste auto de infração a partir de novembro de 2000 (este inclusive), lançando o débito apenas naqueles meses em que se constatou saldo credor de caixa, e deduzindo o percentual de 8%, a título de crédito presumido, apenas sobre as saídas omitidas (e não sobre o total da RBA) . O valor do imposto pago anteriormente não deveria ser abatido do montante a ser calculado, uma vez que aqui está a se tratar de presunção de saídas anteriores. Lembrou-se também que os novos valores a serem exigidos não poderiam superar o imposto cobrado na exordial (lançamento por lançamento), sob pena de em assim fazendo, agravar a situação do contribuinte (procedimento vedado pelo RPAF). Solicitou-se também que fosse alterado o percentual da multa exigida na infração 1 para os débitos apurados até outubro de 2000 (este inclusive), de 60% para 50%, conforme art. 42, I, “b”, 1.

O autuante em cumprimento ao solicitado (fl 1311) elaborou novos demonstrativos para a infração 1 (fls 1312/16).

O autuado volta a se manifestar (fls 1321/22) reiterando todo o disposto em sua última manifestação. Reconheceu parcialmente a infração 1 no montante de R\$39.252,45.

VOTO

Inicialmente, afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado ao alegar não ter adquirido as mercadorias listadas em levantamento fiscal para a infração 1. 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.

Observo 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 infringindo 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. Entendo também que se encontram presentes nos autos os elementos suficientes para minha decisão, razão pela qual indefiro a diligência solicitada pelo contribuinte.

Quanto à afirmação do defendente 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 inconstitucionalidade, informo que carece a esta Junta competência para apreciar a suposta inconstitucionalidade de medida prevista em lei estadual. Por isso rejeito essa razão defensiva.

Esclareço que a presunção aventada para a 1ª infração é uma das raras hipóteses em que há inversão do ônus da prova, cabendo ao autuado apresentar provas que a afastem. Dispõe o § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, o qual transcrevo abaixo para uma melhor compreensão:

“Art. 4º [...]

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Chamo a atenção para o fato de que o autuado em sua defesa alertou para o fato de não ter adquirido as mercadorias arroladas no levantamento fiscal. Solicitou mesmo o envio do PAF a 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 por esta 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 CTCs trazidos a lide pelo autuante. Esclareço 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, constato que as notas fiscais de nº 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 imposto do imposto ora reclamado. Informo 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, entendo que este argumento não pode ser acolhido, pois como dito, aqui se trata de uma presunção, e o autuado 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%. Saliento que o autuante tributou as operações omitidas daquele período como lhe foi determinado em diligência (fl 1117).

Ressalto 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. Observo que para este período o atuante laborou em erro ao adicionar o saldo credor constatado na conta Caixa com a RBA declarada. Refiz 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 a autoridade julgadora agravar a infração sob sua análise, conforme art. 156 do RPAF.

Saliento 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. Observo que esses valores foram modificados por mim, adotando aqueles que constavam ao final de cada mês.

Constato 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, decido pela procedência parcial desta infração, nos valores abaixo discriminados:

data ocorrência	data vencimento	RBAA/ saldo credor	Alíquota %	Multa %	valor histórico	valor em Real
31/01/2000	09/02/2000	95.426,80	2,5	50	2.385,67	2.385,67
29/02/2000	09/03/2000	15.808,80	2,5	50	395,22	395,22
31/03/2000	09/04/2000	11.276,00	2,5	50	281,90	281,90
30/04/2000	09/05/2000	18.116,40	2,5	50	452,91	452,91
31/05/2000	09/06/2000	36.836,67	3,0	50	1.105,10	1.105,10
30/06/2000	09/07/2000	24.610,00	3,0	50	738,30	738,30
30/07/2000	09/08/2000	31.611,67	3,0	50	948,35	948,35
31/08/2000	09/09/2000	82.424,29	3,5	50	2.884,85	2.884,85
30/09/2000	09/10/2000	50.759,50	4,0	50	2.030,38	2.030,38
31/10/2000	09/11/2000	19.683,75	4,0	50	787,35	787,35
30/11/2000	09/12/2000	33.857,46	17	70	2.539,49	2.539,49
31/12/2000	09/01/2001	50.826,70	17	70	4.574,40	4.574,40
31/01/2001	09/02/2001	68.800,83	17	70	6.192,07	6.192,07
28/02/2001	09/03/2001	15.829,95	17	70	1.424,70	1.424,70
30/12/2001	09/01/2002	24.153,88	17	70	2.173,85	2.173,85
31/01/2002	09/02/2002	31.922,09	17	70	2.872,99	2.872,99
28/02/2002	09/03/2002	38.047,82	17	70	3.424,30	3.424,30

30/03/2002	09/04/2002	71.315,07	17	70	6.418,36	6.418,36
31/04/2002	09/05/2002	40.961,98	17	70	3.686,58	3.686,58
30/05/2002	09/06/2002	77.730,56	17	70	6.995,75	6.995,75
30/06/2002	09/07/2002	63.048,03	17	70	5.674,32	5.674,32
31/07/2002	09/08/2002	28.872,32	17	70	2.598,51	2.598,51
31/08/2002	09/09/2002	926,79	17	70	83,41	83,41
30/09/2002	09/10/2002	42.063,52	17	70	3.785,72	3.785,72
31/10/2003	09/11/2002	110.583,12	17	70	9.952,48	9.952,48
30/11/2002	09/12/2002	44.444,99	17	70	4.000,05	4.000,05
31/12/2002	09/01/2003	37.673,93	17	70	3.390,65	3.390,65
31/01/2003	09/02/2003	30.609,86	17	70	2.754,89	2.754,89
28/02/2003	09/03/2003	38.431,15	17	70	3.458,80	3.458,80
30/03/2003	09/04/2003	18.303,59	17	70	1.647,32	1.647,32
31/04/2003	09/05/2003	12.932,85	17	70	1.163,96	1.163,96
30/05/2003	09/06/2003	2.559,65	17	70	230,37	230,37
30/06/2003	09/07/2003	29.169,80	17	70	2.625,28	2.625,28
31/07/2003	09/08/2003	22.672,87	17	70	2.040,56	2.040,56
31/08/2003	09/09/2003	9.312,29	17	70	838,11	838,11
30/09/2003	09/10/2003	19.397,28	17	70	1.745,76	1.745,76
31/10/2003	09/11/2003	47.484,53	17	70	4.273,61	4.273,61
30/11/2003	09/12/2003	21.503,87	17	70	1.935,35	1.935,35
31/12/2003	09/01/2004	12.969,54	17	70	1.167,26	1.167,26
total						105.678,93

Quanto à segunda infração, alegou o autuado que o art. 915, XVIII ao não definir se a mesma é por um ou vários períodos o fulminou de nulidade. Tenho por mim 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, percebo 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. Entendo assim que a segunda, descumprimento de obrigação acessória, foi absorvida pela que exige imposto, razão pela qual voto pelo afastamento desta, nos termos do art. 158 do RPAF.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração para exigir ICMS no importe de R\$105.678,93.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **206987.0203/05-1**, lavrado contra **JAM CASAS BAHIA MÓVEIS E ELETRODOMÉSTICOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$105.678,93**, sendo R\$12.010,03 atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70% e dos acréscimos moratórios além de 70% sobre R\$93.668,90, prevista no art. 42, I, “b”, 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, conforme Lei de nº 9837/95.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras 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.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2006.

MÔNICA MARIA ROTERS – PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS- RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUZA GOUVÊIA - JULGADOR