

PROCESSO - A. I. Nº 279102.0002/07-5
RECORRENTE - JUVÊNCIO RODRIGUES GUIMARÃES JÚNIOR (SÓ TINTAS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JF nº 0273-01/07
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 09/07/2008

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0205-11/08

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. NÃO ACOLHIDA A ARGÜIÇÃO DE DECADÊNCIA. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeito o cálculo do imposto com base na proporcionalidade tributável, com exclusão das mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária. Infração parcialmente caracterizada. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. A falta de informação de entradas de mercadorias na DME possibilita a aplicação de multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias não informadas. Correção de equívoco ocorrido nos cálculos reduz o montante do débito. Infração comprovada, com redução do valor da multa. Afastada a preliminar de nulidade argüida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de apreciação de Recurso Voluntário instaurado no enfrentamento da Decisão relativa ao Auto de Infração em lide, lavrado em 15/06/2007, o qual exige ICMS no valor de R\$10.503,55 e multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$33.840,01, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades:

1. deixou de escriturar o livro Caixa referente aos exercícios de 2002 a 2005, na condição de empresa de pequeno porte com receita bruta ajustada superior a R\$30.000,00, sendo aplicada a multa no valor de R\$460,00;
2. deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, no exercício de 2002, sendo exigido imposto no valor de R\$10.503,55, acrescido da multa de 70%. Consta que o contribuinte não escriturou o livro Caixa e que o saldo inicial e as receitas foram obtidas através das informações contidas na DME - declaração de movimento econômico de microempresa e empresa de pequeno porte. As disponibilidades foram consideradas à vista; já os pagamentos, de acordo com os desdobramentos das duplicatas indicados nas notas fiscais. Sobre as saídas omitidas foi concedido o crédito presumido de 8%;
3. omitiu entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, sendo aplicada a multa de 5%

sobre o valor das mercadorias, que resultou no valor de R\$33.380,01. Consta que as entradas reais foram obtidas através das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e de outras requisitadas junto ao CFAMT - Sistema de Controle Informatizado de Mercadorias em Trânsito. As cópias destas notas fiscais foram fornecidas ao autuado, conforme declaração anexa.

O recorrente impugna o lançamento fiscal a fls. 989 a 993, (volume III), argüindo, preliminarmente, estar o crédito tributário prescrito, pela inclusão no levantamento notas emitidas antes do quinquídio que antecede a data da intimação, relativa aos valores reclamados no exercício de 2002.

Da infração 2, acusa da inclusão no levantamento da suposta omissão de saídas, notas fiscais de mercadorias da substituição tributária, com o ICMS pago por substituição, conforme demonstrativo anexado à fl. 995, do que, a seu ver, resulta no total de R\$ 64.674,13, bi-tributados pelo ICMS.

Destaca que não foi anexada a cópia da Nota Fiscal nº 71.085, emitida em 02/09/2002, no valor de R\$3.433,47, supostamente obtida através do CFAMT.

Também na infração 3, aduz incluídas notas fiscais com o imposto pago por substituição tributária, conforme demonstrativo de fls. 995/996, onde são apontados os seguintes valores: R\$91.563,08 (2003), R\$3.592,35 (2004) e R\$50.682,31 (2005), os quais devem ser excluídos da base de cálculo apurada, considerando ainda que para essa infração deva ser aplicada multa de 1%, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Ressalva em relação à Nota Fiscal nº 190.783, de 26/05/2004, que foi apontado o valor de R\$3.343,23, quando o correto é R\$3.142,32.

Argumenta a improcedência do Auto de Infração em análise, pelas razões seguintes:

INFRAÇÃO 1 – o contribuinte está desobrigado de escriturar livros fiscais e contábeis, à exceção do livro Registro de Inventário; como o livro Caixa pertence à escrita contábil, é improcedente a exigência fiscal referente à falta de sua escrituração.

INFRAÇÃO 2 – jamais poderia ter sido apurado o suposto saldo credor de caixa, dada a inexistência de escrituração contábil, não dispondo dos livros contábeis, a exemplo do Diário, Razão e Caixa. O autuante necessitaria examinar os impactos no saldo da conta Caixa, em função das contas Bancos, Mercadorias, Serviços, Despesas e Receitas Diversas ou mesmo em função das contas Duplicatas a Receber e Duplicatas a Pagar. Entende que o procedimento fiscal, na realidade, se referiu a um fluxo de caixa simulado, tomando por base as entradas e saídas, apurando supostos saldos credores, sem considerar os estoques inicial (de R\$85.479,45) e final (de R\$174.783,92), além do ICMS recolhido no valor de R\$7.648,13 (fl. 997).

Diz da não apuração, através da conta “Mercadorias”, do lucro auferido no exercício, não consideradas as demais contas de ativo, nem é mencionado expressamente que os pagamentos foram considerados à vista, sendo estes, inclusive, desconhecidos.

INFRAÇÃO 3 – entende que devem ser excluídas do levantamento todas as notas fiscais relativas a mercadorias enquadradas no regime da substituição tributária, assim como aquelas referentes à antecipação parcial, considerando que nesse caso a multa prevista é aquela capitulada no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96.

Requer, exclusão das notas fiscais mencionadas, sanados os erros materiais e seja acolhida a prescrição dos créditos reclamados datados anteriormente à intimação. Pugna pela improcedência do Auto de Infração.

A análise realizada pela ilustre JJF, quanto à preliminar de nulidade, pela alegação de está prescrita a ação para a cobrança dos créditos tributários relativos ao exercício de 2002, sob a argumentação de estarem os mesmos alcançados pela extinção, observam que o autuado

pretendia se referir à decadência do direito de constituição do crédito tributário por parte da Fazenda Pública.

Entendem que as regras do art. 173, I, do CTN, são as mesmas previstas no art. 107-A, I, do Código Tributário do Estado da Bahia (Lei nº 3.956/81) e no art. 965, I, do RICMS/97, e prevêem que o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Desta forma, concluem, o prazo para a contagem iniciou-se em 01/01/2003, estando o prazo final previsto para 31/12/2007 tendo o lançamento ocorrido em 15/06/2007.

Ressaltam ter sido desta forma o entendimento deste CONSEF em reiteradas decisões, a exemplo dos Acórdãos CJF nºs 0113/12-05 e 0102/12-05, sendo que, deste último, transcrevo parte:

“Para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/01/98, a Fazenda Pública tinha até o dia 31/12/03 para constituir o crédito tributário mediante o lançamento. No caso em tela, o crédito tributário foi constituído em 30/06/03, quando foi encerrada a ação fiscal. Portanto, quando foi lavrado o Auto de Infração, ainda não tinha se operado a decadência relativamente aos fatos geradores citados no Recurso Voluntário. O fato de o recorrente só ter sido notificada do lançamento em fevereiro de 2004 não quer dizer que o crédito tributário tenha sido constituído nesta data.”

Na abordagem do mérito, verificam que a infração 1 se refere à aplicação de penalidade decorrente da falta de escrituração do livro Caixa. De acordo com as cópias das DMEs relativas aos exercícios de 2002 a 2005, sua receita foi superior a R\$ 30.000,00, decorrente obrigação de escriturar o livro Caixa, conforme prevê o art. 408-C, inciso VI, alínea “a”, do RICMS/97:

“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 superior a R\$30.000,00 (trinta mil reais);”

Conforme exigido pela legislação acima textualizada, concluem pela procedência da aplicação da multa, que está prevista no art. 42, inciso XV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96.

Passam ao comentário da infração 2 na qual exige-se o ICMS que deixou de ser recolhido, em razão das omissões de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de saldo credor de Caixa. Realçam que o autuante apurou o saldo inicial e as receitas, estas consideradas como à vista, tendo por base as informações contidas nas DMEs, dado que o contribuinte não escriturou o livro Caixa, enquanto que os pagamentos, foram apurados de acordo com os dados verificados nas notas fiscais.

Esclarecem que estando o saldo de Caixa representado pelo movimento financeiro (receitas/ingresso de numerários x despesas/saídas de numerários), deve ser comprovadamente demonstrado através da escrita contábil do contribuinte, o que não é o caso em análise já que não houve apresentação do livro Caixa (obrigatório) nem, tampouco, do livro Diário que tem por finalidade registrar os atos e fatos ocorridos no estabelecimento, espelhando a situação patrimonial e financeira do contribuinte durante cada exercício. Também não foram apresentados os documentos de despesas extra-fiscais, tais como folhas de pagamento a empregados, aluguel, consumo de energia, telefone, honorário a contador, pró labore, etc, e que tais pagamentos majorariam a diferença do saldo credor de caixa apurado.

Em relação ao saldo inicial, verificam que o valor do mesmo está lançado no demonstrativo de fl. 06. Já em relação ao saldo final, entendem que nada tem a ver com o caso em exame, considerando que a acusação aqui trata de saldos credores de Caixa, em princípio o que importa, é saber se houve ou não esse fato, que vem a ser apurado simplesmente, tomando-se por base a comparação entre o ingresso e a saída de numerário do Caixa.

Aludem que o autuado não questionou que os valores lançados nos demonstrativos apresentados pelo autuante, tivessem divergências, o que vem a corroborar a existência de omissão de receitas, já que o mesmo teve oportunidade por duas vezes para recusar a sua ocorrência: a primeira, quando da intimação para apresentação do livro Caixa e dos documentos assinalados no Termo de Intimação; a segunda, ao ser cientificado do prazo de 30 (trinta) dias para apresentação de sua impugnação, em relação a exigência do crédito tributário, mediante a lavratura do Auto de Infração não se verificando nos autos qualquer elemento de prova das alegações defensivas.

Aduzem que a comprovação das disponibilidades é de atribuição do autuado, por ser este o detentor de tais informações e documentos. O Demonstrativo de Débito por Saldo Credor de Caixa oferece condições de se determinar se o contribuinte omitira ou não ingresso de receita decorrente de omissão de saídas de mercadorias, cabendo, ao autuado a comprovação da improcedência da presunção, em conformidade com os ditames do § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96.

E ainda que, se as aplicações dos recursos (pagamentos) não forem incluídas em sua totalidade, pela não entrega dos documentos ao fisco, tal situação não descaracteriza a infração imputada, haja vista que essa supressão só beneficia o autuado, com a redução do valor da omissão detectada, e passível de exigência em nova ação fiscal. Da mesma sorte, havendo falta de inclusão de ingressos de recursos próprios ou de terceiros no levantamento realizado, quando devidamente comprovado, culmina com a redução ou improcedência da autuação, cabendo ao contribuinte, também neste caso, apresentar as provas que detiver.

Pagamentos que não tiveram sua origem comprovada, ou seja, decorreram de omissão de receita não conhecida, o § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, autoriza que, dentre outros fatos, se a escrituração indicar saldo credor de caixa, se presuma a ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Dizem do equívoco da alegação do autuado de não estar presente nos autos a cópia da Nota Fiscal nº 71.085, emitida em 02/09/2002, desde quando a cópia reprográfica desse documento fiscal se encontra à fl. 201 dos autos.

Passam os ilustres julgadores à reclamação de não observar a legislação do SimBahia, esclarecendo que quando são apurados fatos da espécie ora em análise, ao ser apurado o imposto, a Lei nº 7.357/98, que instituiu o SimBahia, determina através de seu art. 19, que o tributo deve ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, uma vez que tais fatos estão compreendidos nas situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18. O caso referente a saldo credor de caixa enquadra-se no art. 15, V, da citada lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave. O RICMS/97, por meio do art. 408-L, inciso V, determina quais são as infrações que são consideradas graves. Sendo assim, no caso em exame, o autuante agiu de forma correta ao aplicar a alíquota de 17%, e foi corretamente concedido o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, conforme manda o art. 19 da mesma Lei, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

Ainda a respeito da multa aplicada, consideram que foi atribuída de maneira correta a penalidade prevista para a prática dessa infração, conforme prevê a Lei nº 7.014/96, através do inciso III do art. 42.

Destacam que o autuado se insurgiu contra o fato de que a exigência do imposto se aplicou à totalidade dos valores apurados, eis que pratica operações também com mercadorias da

substituição tributária. Como este CONSEF, com base no princípio da razoabilidade, tem se posicionado no sentido de que deve ser adotada a proporcionalidade nos casos de lançamentos decorrentes da aplicação da presunção de saídas anteriores, entendem para este caso ser razoável apurar o imposto devido aplicando a proporcionalidade entre as mercadorias comercializadas sujeitas à tributação normal e o total de mercadorias comercializadas.

Desta forma, utilizam o índice apurado pelo autuante e refazem os cálculos correspondentes, conforme tabela a seguir.

BASE DE CÁLCULO	% TRIBUTAÇÃO	B. C. PROPORC.	CRÉD. DE 8%	ICMS JULG.
116.706,15	88,40	103.168,24	8.253,46	9.285,14

Mantêm parcialmente a infração 2, passando o débito para o valor de R\$9.285,14.

Avançam para análise da infração 3, relativa à penalidade por descumprimento de obrigação acessória por omissão de entrada de mercadorias nas informações apresentadas através da DME. Comentam que as notas fiscais que embasaram a ação fiscal foram coletadas junto ao próprio contribuinte e através do Sistema CFAMT, tendo a fiscalização constatada que os referidos documentos fiscais não haviam sido declarados na DME dos respectivos exercícios. Salientam que todos os documentos relativos a esta infração foram entregues ao sujeito passivo.

Apontam que o *caput* do art. 335, do RICMS/97, obriga ao contribuinte informar na DME todos os valores das receitas e pagamentos ou aquisições, em cada exercício, conforme segue;

“§ 2º Na DME serão informados os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SimBahia, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência.”

Nesta infração, explicitam, a imputação corresponde à falta de consignação na DME dos dados correspondentes aos documentos fiscais em referência, motivo pelo qual a multa deve ser aplicada sobre o montante total omitido.

Não acatam igualmente a arguição de que poderia ser aplicada a penalidade de 1%, prevista no inciso XI do art. 42 da Lei nº 7.014/96, pois esse dispositivo para redução deve ser aplicado apenas aos casos de falta de registro nos livros, de notas fiscais relativas a mercadorias isentas ou cujo ICMS já fora pago, estando voltado para contribuintes inscrito no regime normal de apuração do imposto. Com base no inciso XII-A do art. 42 da referida Lei, foi corretamente aplicada a penalidade de 5% sobre o valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento não lançadas na DME.

À alegação de existência de equívoco no lançamento referente à Nota Fiscal nº 190.783, de 26/05/2004, concordam que realmente o valor das mercadorias assinalado no referido documento é de R\$3.142,32 e não de R\$3.343,23, como fora consignado no demonstrativo elaborado pela fiscalização. Procedem à necessária alteração no valor do débito correspondente ao exercício de 2004, o qual fica reduzido para o valor de R\$8.740,50, levando o débito total da infração passa para R\$33.345,86, pelo que esta infração é parcialmente procedente.

Diante do exposto, julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O Recurso Voluntário trazido pelo recorrente, inicialmente aduz que não tendo sido intimado para sua manifestação acerca da autuação, teve cerceado seu direito de defesa, e que é certo o prazo de 5 anos com relação à prescrição e à decadência, para a Fazenda reclamar tributos. Tendo sido esta mesma argumentação, exposta na defesa inicial, razão pela qual mantém o entendimento de prescritos quaisquer valores reclamados nos 5 anos anteriores à data da intimação.

Transcreve o recorrente, irresignado, tópicos parciais do relatório exarado pela Decisão, acusando de confusa e contraditória a fundamentação do mesmo, destacando os seguintes comentários;

- a) a autuação foi totalmente ratificada pela ilustre JJF, não sendo o PAF analisado à luz da equidade e da legislação aplicável, tendo sido aplicada multa pela não escrituração do livro Caixa para o exercício de 2002, quando só fora obrigado a partir de 01/09/2005, restando improcedente a infração 1;
- b) comenta que o autuante apurou o saldo inicial e as receitas consideradas como à vista a partir dos dados consignados na DME, em vista da não escrituração do livro Caixa, e os pagamentos foram levantados conforme dados das notas fiscais de entradas, e desta forma não se teria realizado a auditoria de caixa; aduz que em momento algum foi intimada a fazer qualquer comprovação, o que motiva reforma do v. Acórdão, de conformidade ao da 2ª CJF nº 0216-12/04: conclui o recorrente que sendo empresa de Pequeno Porte, esta desobrigada da escrituração desse livro Caixa (até 31/08/2005, conforme alteração 64 do Decreto nº 9513 de 10/08/2005), assim a fiscalização simulou lançamentos inexistentes, pois entende que auditoria de caixa somente poderia ser efetuada sobre os registros nos livros próprios, aludindo também ser improcedente a infração 2;
- c) diz da impropriedade do Acórdão recorrido fundamentar que deva ser aplicada multa de 1% para os casos de notas fiscais isentas ou cujos impostos já tenham sido pagos, e não admitir que as enquadradas no regime de Substituição Tributária, com fase de tributação encerrada caibam na hipótese dos autos, o que leva também a improcedência da infração 3.

Conclui o recorrente que a Decisão se limitou a ratificar a acusação fiscal, e à vista do exposto e da insubsistente fundamentação vista no Acórdão em tela, reitera os argumentos de defesa, requerendo a improcedência do Auto de Infração em testilha, para que seja dado Provimento ao presente Recurso Voluntário, anexando cópia do Acórdão 2ª. CJF nº 0216-12/04.

A PGE/PROFIS emite Parecer da lavra da ilustre procuradora Dra. Rosana Maciel Bittencourt Passos pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado, consoante observações adiante aduzidas.

Indica que a disciplina do Processo Administrativo Fiscal (Lei nº 3856/81- COTEB e Decreto nº 7629/99, RPAF/99) não prevêem a manifestação do sujeito passivo, a não ser quando da apresentação de fatos novos, demonstrativos ou levantamentos não conhecidos pelo autuado quando da apresentação de sua defesa. (art. 127, § 7º). Nenhum elemento ou fato novo foi adicionado aos autos, limitando-se o recorrente a comentar a defesa apresentada e os equívocos visualizados, pelo que deve ser afastada a preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa, requerida no Recurso Voluntário em análise.

Comenta a ilustre procuradora ser ilógico mencionar prescrição, dado que esta atinge o direito de ajuizar ação para cobrança do crédito tributário, não o direito de constituir o crédito tributário pelo lançamento de ofício. Crendo que o recorrente pretendesse argüir preliminar de decadência, a qual seria capaz de ocasionar perda do direito de lançar, teríamos nessa hipótese o termo inicial da decadência no primeiro dia útil do exercício seguinte aquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 173, I, do CTN. Assim, para estes fatos geradores ocorridos em 2002, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01 de janeiro de 2003, culminando em 31 de dezembro de 2007, e o lançamento ocorreu em 15 de junho de 2007.

Adentrando ao mérito, para a infração 1 aduz a ilustre procuradora que desde a alteração nº 15 ao Regulamento do ICMS, introduzida pelo Decreto nº 7729 de 29.12.99, publicado em 30.12.99, tornou obrigatória a escrituração do livro Caixa às Microempresas, e às Empresas de Pequeno Porte com receita bruta ajustada superior a R\$30.000,00 mensais.

A infração 2, resultou do cotejamento das informações colhidas nas DMEs do recorrente, e das notas fiscais capturadas no CFAMT, em virtude do mesmo não dispor do livro Caixa. Do saldo credor revelado nessa apuração de recursos ao caixa, configurou-se omissão de saídas, e sobre estas foi concedido crédito presumido de 8% por tratar-se de empresa enquadrada no Simbahia. Legítima, portanto, a reconstituição da movimentação de caixa, tomando por base os elementos

fiscais e contábeis disponíveis, não se tratando de simulação, mas sim do desenvolvimento de um roteiro regular de fiscalização.

Alega que movimento algum foi promovido pelo recorrente para elidir a acusação fiscal, limitando-se tão-somente à impugnação genérica, desprovida de elementos factíveis probatórios. Realça o art. 143 do RPAF/99 o qual preceitua que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo, de elidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal.

Comenta acerca do citado Acórdão 2ª CJF nº 0216-12/04, evocado pelo recorrente em sua defesa, e de não poder o mesmo ser utilizado como paradigma, pois naqueles autos restou comprovado que o autuante desconsiderou fatos dos quais teve ciência acerca da movimentação financeira da empresa, portanto as ocorrências vistas no presente PAF não guardam qualquer similitude com aquelas relativas ao citado Acórdão nº 0216-12/04.

Cita militar exclusivamente a favor do recorrente, por não ampliar o saldo credor de caixa, a consideração de todas as vendas como se à vista fossem, bem como a desconsideração da existência de pagamentos diversos, como alugueis, serviços de terceiros, folha de pagamento, despesas diversas de consumo, etc.

A acusada omissão de receitas tributáveis, apuradas por saldo credor de caixa, é de natureza grave, a teor do art. 408-P, 408-L, inciso V e art. 915 inciso III, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284-/97. Em situações dessa natureza, o ICMS é apurado pelo regime normal com a aplicação de crédito de 8%.

O percentual de 11,6% resultante do princípio da proporcionalidade, considerando as operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, foi objeto de impugnação pelo recorrente sob a justificativa de que o mesmo não refletiria a realidade. Observa a ilustre procuradora que das próprias informações prestadas pelo recorrente, sejam, a fls. 995 e 996, relacionam notas fiscais de mercadorias adquiridas em 2002, todas sob regime de substituição tributária, totalizando R\$64.674,13. As fls. 08 e 12 dos autos demonstram a totalidade das aquisições efetuadas, equivalentes a R\$556.233,75. Correlacionando-se estes totais obtêm-se os 11,6%, aplicados na redução da infração 2 pela ilustre JJF, o qual foi eleito por sua regularidade, tendo em vista que foi extraído de dados fornecidos pela próprio recorrente, e por não ter sido apresentada nenhuma alternativa que melhor reflita a realidade.

Com referência à infração 3, aduz ilustre procuradora que o recorrente defende a aplicação de penalidade sobre mercadorias do regime de substituição tributária, consoante inciso XI, art. 42 da Lei nº 7014-96. Reproduz os textos legais indicado, esclarecendo que as penalidades dos incisos IX e XI da citada Lei nº 7014-96, art. 42, trata-se de normas dirigidas apenas aos contribuintes sujeitos ao Regime Normal de Tributação, já que aqueles enquadrados no SimBahia estão dispensados de escrituração de livros fiscais, e, portanto, dos registros das entradas de mercadorias em seus estabelecimentos. Porém, obrigados à apresentação anual da DME, na qual devem informar o valor total de suas aquisições, conforme consta do art. 335, § 2º do RICMS/BA, sob pena de ficarem sujeitos à sanção prevista no art. 42, inciso XII-A da Lei nº 7014/96.

Conclui a ilustre procuradora pela perfectibilidade do Auto de Infração por infringência à Lei, dado ser empresa de Pequeno Porte e não informados em suas DMES relativas aos anos de 2003, 2004 e 2005, a totalidade das mercadorias recebidas.

VOTO

Preliminarmente vejo estabelecidas no presente PAF, alegações do recorrente quanto ao cerceamento ao seu direito de defesa, em decorrência de não ter sido cientificada para que se manifestasse acerca da autuação, e que o lançamento não observou o prazo de 5 anos estabelecido em Lei, estando prescritos e decaídos os débitos, não cabendo mais à Fazenda reclamar tributos sobre valores nos 5 anos anteriores à data da intimação.

O RPAF/99 não contempla a manifestação do sujeito passivo, excepcionando quando da apresentação de demonstrativos, fatos novos ou levantamentos estranhos ao contribuinte autuado cujo desconhecimento prejudicaria a sua defesa. (art. 127, § 7º). O recorrente limitou-se a reprisar a defesa apresentada, não houve a presença de fatos novos quaisquer, pelo que julgo que deva ser afastada a requerida preliminar de nulidade por cerceamento ao direito de defesa.

Descabido aludir à prescrição, pois não está em questão o direito de ajuizar ação para cobrança do crédito tributário, e sim o direito de constituir este crédito pelo lançamento de ofício. Na hipótese se aplicaria a preliminar de decadência, a qual poderia ocasionar perda do direito de lançar, e nessas circunstâncias o termo inicial da decadência se contaria no primeiro dia útil do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme art. 173, I, do CTN.

Para os presentes fatos geradores ocorridos em 2002, a contagem do prazo decadencial iniciou-se em 01 de janeiro de 2003, e o lançamento ocorreu em 15 de junho de 2007, antes, portanto, do vencimento que se daria em 31 de dezembro de 2007, não podendo ser acolhida as preliminares de nulidades suscitadas.

No mérito, para esta infração 01, a alteração nº 15 ao RICMS/BA, introduzida pelo Decreto nº 7729 de 29.12.99, publicado em 30.12.99, passou a ser exigida a escrituração do livro Caixa para as Microempresas, como também para as Empresas de Pequeno Porte cuja receita bruta ajustada mensal seja superior a R\$30.000,00, que é o caso do autuado. Desta forma, voto pela manutenção desta infração.

Em relação à infração 2 do presente lançamento de ofício, vejo válido o expediente utilizado pela fiscalização, cotejando as informações contidas nas DMEs do recorrente, com as cópias das notas fiscais fornecidas pelo CFAMT, dado a mesma não possuir o livro Caixa a que estava obrigada.

O saldo credor levantado nesse comparativo, configurou-se na omissão de anteriores saídas de mercadorias tributadas, tendo sido concedido sobre o lançamento a débito, crédito presumido de 8% por tratar-se de empresa enquadrada no SimBahia. Destaco que é legítima a reconstituição da movimentação de caixa, considerando os elementos fiscais e contábeis disponibilizados pelo recorrente, não se tratando de simulação, mas sim da operação de roteiro lógico e regular de fiscalização.

A tentativa de elidir a acusação fiscal, fincou-se somente na impugnação genérica, sem conter elementos comprobatórios quaisquer, e aqui realço o apontamento da ilustre PGE/PROFIS para o art. 143 do RPAF/99 o qual cita que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo, de elidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal.

A irresignação do recorrente, de terem sido consideradas todas as vendas como se fossem à vista, e a não inclusão dos vários pagamentos havidos, diversos, como de aluguéis, folhas de pagamento, serviços de terceiros, consumos genéricos, etc., milita contra o próprio contribuinte, pois se fossem diversamente consideradas, ampliariam o saldo credor de Caixa e revelariam maior omissão de saídas de mercadorias.

Esta acusação de omissão de receitas tributáveis, apuradas por saldo credor de caixa, tem natureza grave, tipificada nos art. 408-P, 408-L, inciso V e art. 915 inciso III, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6284/97. Portanto, nesta situação, o imposto é apurado pelo regime normal com a aplicação de crédito de 8%.

O questionado percentual de 11,6% resultou da proporcionalidade estabelecida no confronto das operações com mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, e é adequado que seja considerado desta forma, pois reflete a relação entre as aquisições de 2002, fls. 995/6 dos autos, das mercadorias com substituição tributária (R\$64.674,13) sobre as aquisições totais (fls. 08 e 12 dos autos demonstrando R\$556.233,75). Na correlação destes totais obtiveram-se os 11,6%, aplicados na redução da infração 2 pela ilustre JJF, e, oficialmente adotado por não ter sido

apresentada pelo recorrente nenhuma outra alternativa que melhor refletisse a realidade. Voto pela manutenção da Decisão recorrida.

Na infração 3 o recorrente alude em sua defesa que a aplicação de penalidade sobre mercadorias do regime de substituição tributária, deve ser efetuada conforme inciso XI, art. 42 da Lei nº 7014-96. Dos textos legais aplicáveis, as penalidades são as prescritas nos incisos IX e XI da citada Lei nº 7014-96, art. 42, e trata-se de normas dirigidas apenas aos contribuintes sujeitos ao Regime Normal de Tributação, já que aqueles enquadrados no SimBahia, como resta visto, estão dispensados de escrituração de livros fiscais e, em consequência, dos registros das entradas de mercadorias em seus estabelecimentos.

Manteve-se, entretanto, a obrigação da apresentação anual da DME, na qual deveria informar o valor total de suas aquisições, conforme consta do art. 335, § 2º do RICMS/BA, sob pena de ficar sujeita à sanção prevista no art. 42, inciso XII-A da Lei nº 7014/96; não atendido pelo recorrente, omitindo essas informações nas DMEs da totalidade das mercadorias recebidas relativas aos anos de 2003, 2004 e 2005, voto pela manutenção desta Decisão recorrida.

O mencionado Acórdão 2ª CJF nº 0216-12/04, citado pelo recorrente em seu auxílio, não tem a faculdade de ser utilizado como paradigma, pois tratou de situação diversa, na qual o autuante desconsiderou fatos dos quais teve ciência acerca da movimentação financeira daquela outra empresa em processo de fiscalização.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279102.0002/07-5**, lavrado contra **JUVÊNCIO RODRIGUES GUIMARÃES JÚNIOR (SÓ TINTAS)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$9.285,14**, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$33.805,86**, previstas nos incisos XV, alínea “i” e XII-A, do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2008.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

LEILA VON SÖHSTEN RAMALHO – REPR. DA PGE/PROFIS