

A. I. N ° - 299134.0104/03-3
AUTUADO - SUPERMERCADO GOLFINHO LTDA
AUTUANTE - PAULO CÉSAR MOITINHO ANDRADE
ORIGEM - INFAZ ITAPETINGA

Retificação da Resolução relativa ao Acórdão nº 0006-05/08, de 07 maio de 2008, exarado pela 5ª Junta de Julgamento Fiscal deste Colegiado, conforme solicitação fl. 1511 dos autos, de acordo com o previsto no art. 164, § 3º, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629, de 9 de Julho de 1999, para fim de inserção do Recurso de Ofício nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99.

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0006-05/08-A

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. 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 contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem e o efetivo ingresso dos recursos na referida conta. Refeitos os cálculos do imposto através de diligência para adequação do lançamento aos critérios atinentes aos contribuintes inscritos no sistema do SimBahia. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. **2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Refeitos os cálculo do imposto, para adequação do lançamento aos critérios atinentes aos contribuintes inscritos no sistema do SimBahia. Anulada parte do lançamento, por falta de liquidez. Exigência fiscal parcialmente subsistente. Afastadas as preliminares de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/12/2003, reclama ICMS no valor de R\$19.471,64, atribui ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

INFRAÇÃO - 1: falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, nos exercícios de 1998, 1999 e 2000, sendo exigido ICMS no valor de R\$2.083,22, acrescido da multa de 70%;

INFRAÇÃO - 2: falta de recolhimento do recolhimento do ICMS em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, sendo exigido ICMS no valor de R\$17.388,42, acrescido da multa de 70%.

O impugnante às fls. 1458 a 1459 argúi, inicialmente, que a fiscalização utilizou-se do mesmo fato gerador do ICMS para penalizá-lo duas vezes no mesmo período de ocorrência, modificando, apenas a forma de apuração.

Observa que não há no corpo dos autos informação alguma elucidativa de como se chegou aos valores declarados para concluir que sua empresa efetuou “*suprimento de caixa de origem não comprovado*”.

Afirma que o autuante não fornecera cópias dos demonstrativos e levantamentos que demonstrassem as razões da autuação, para que pudesse apresentar documentos comprobatórios do

aporte de recursos no período fiscalizado, de acordo com o art. 46 do RPAF-BA/99.

No tocante à infração 2 assevera que o procedimento fiscal fere o princípio do direito à ampla defesa, na medida em que não lhe foram entregues as cópias das notas fiscais que o autuante alega terem sido identificadas no CFAMT. Acrescenta ainda que não foram informados os números das notas fiscais utilizadas pela fiscalização para que pudesse investigar junto aos emitentes se as compras foram efetivamente realizadas, ou se “empresas fantasmas” utilizaram de forma criminosa seus dados cadastrais para remeter as mercadorias com destinação diversa.

Conclui requerendo que o Auto de Infração seja julgado improcedente em decorrência da existência de erros insanáveis, falta de clareza na apuração da infração e pelo cerceamento ao seu direito de ampla defesa.

O autuante em sua informação fiscal, fl. 1465 a 1467, apresenta as seguintes ponderações:

1. Esclarece que não ocorrera bi-tributação, tendo em vista que a infração 1 - omissão de saídas apuradas através de saldo credor de caixa (embora, denominada como sendo suprimento de caixa de origem não comprovado) é distinta da infração 2 - omissão de entradas apuradas através de entradas de mercadorias - cujas notas fiscais utilizadas em sua apuração não constam no levantamento de caixa, transcreve os incisos I - saldo credor de caixa e II - suprimento de caixa de origem não comprovado, do § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97;
2. Ressalta que todos os demonstrativos foram entregues ao contribuinte e que informação alguma lhe fora sonegada;
3. Reafirma que, em relação aos números das notas fiscais, mencionados na defesa como não tendo sido informados, encontram-se todos eles relacionados no “demonstrativo de Entradas de Mercadorias sem Registro na Escrituração Fisco-Contábil - Notas Fiscais do CFAMT.”

Conclui o autuante mantendo integralmente o Auto de Infração.

Submetido à pauta suplementar, os membros da 2ª JF, deliberaram por baixar os autos em diligência, fl. 1074, para que o autuante:

1. Apurasse a Receita Bruta Acumulada no período de julho de 1998 até outubro de 2000;
2. Certificasse se até outubro de 2000 a condição cadastral do autuado (se microempresa ou empresa de pequeno porte) e verificar se adicionando aos valores não declarados (decorrente do saldo credor de caixa – infração 1 e das entradas de mercadorias não registradas - infração 2) à receita bruta do contribuinte, houve ou não pagamento a menor do imposto estadual, em caso positivo, apontar a diferença de ICMS devida, elaborando novos demonstrativos para explicitar o cometimento das infrações;
3. A partir do mês de novembro de 2000, tanto para o item 01, quanto para o item 02 do Auto de Infração, mantivesse os cálculos na forma que fora apurado o ICMS, ou seja, à alíquota de 17% e deduzido como crédito fiscal, o percentual de 8% previsto no § 1º do art. 19 da Lei nº 7.356/98, com redação da Lei nº 8.534/02;

Determina também o pedido de diligência à INFAZ de origem que deverá entregar mediante recibo toda a documentação acostada aos autos em decorrência da diligência, inclusive o pedido de diligência, os demonstrativos, fls. 10 a 55 e das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, fls. 65 a

581, reabrindo-se o prazo de 30 (trinta) dias para que o autuado, caso queira, se manifeste. Observando ainda que, caso o autuado se manifeste, deverão os autos retornar ao autuante para que produza nova informação fiscal.

O autuante se pronuncia às fls. 1479 a 1481, onde discorre sobre as duas infrações, objeto do Auto de Infração e tece comentários acerca da legislação aplicável ao presente caso para suportar a sua conclusão pela não elaboração dos demonstrativos solicitados. Alegou, para tanto, a impossibilidade técnica e jurídica, ressaltando ao final, apenas, a necessidade da repartição proceder à entrega ao autuado da cópia da documentação acostada aos autos. Fato esse, que também não fora atendido pela Inspetoria Fazendária.

Ao constatar o não atendimento da diligência em nenhuma de suas solicitações, os autos retornaram à Inspetoria Fiscal, fl. 1485, reiterando o atendimento do quanto solicitado no pedido inicial.

O autuante às fls. 1488 a 1492 apresenta o resultado do atendimento da diligência, na forma em que fora solicitada. Inicialmente confirmou que a situação cadastral do autuado no período de janeiro de 1998 a dezembro de 2000 era microempresa. Em seguida elaborou o “Demonstrativo de Apuração do ICMS devido na condição de Microempresa no período de julho de 1998 a outubro de 2000” e para o período de novembro a dezembro de 2000 os “Demonstrativos de Apuração do ICMS devido em Razão do Saldo Credor da Conta Caixa e de Omissões de Entradas”, fl. 1491, com base nos dados coligidos no “Demonstrativo de Cálculo do Imposto da Microempresa SimBahia”, fl. 1492, por ele feito. Com os novos cálculos o total do débito relativo às duas infrações, inicialmente lançado no valor de R\$19.471,64, passou para R\$2.672,81.

O autuado fora intimado pela repartição fiscal, fls. 1493 a 1495, para tomar ciência do resultado da diligência fiscal e recebimento das cópias dos demonstrativos, entretanto, não se manifestou.

VOTO

De plano deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado em sua defesa tanto em relação à alegada falta de fornecimento por parte do autuante dos demonstrativos de apuração de débito e das cópias das notas fiscais coletadas pelo CFAMT. Apesar de verdadeiras as ponderações da defesa, a remoção deste óbice proposta pelos membros da 2ª JJF através de diligência, fl. 1474 a 1475, para suprir a lacuna e promover a fruição do direito de ampla defesa pelo autuado, não fora por ele utilizada. Eis que, não atendera intimação específica para tomar ciência do resultado da diligência que reduziu substancialmente o débito inicialmente apurado e fornecer as cópias dos demonstrativos de apuração do débito e das notas fiscais capturadas pelo CFAMT, fls. 1493 a 1494. Assim, afasto as arguições de nulidade suscitadas.

No mérito o Auto de Infração em demanda exige o ICMS, no período fiscalizado de julho de 1998 a dezembro de 2000, decorrente da existência de: omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa - infração 1 e omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas - infração 2.

Em que pese a denominação inicial na infração 1 do Auto de Infração constar a acusação fiscal como sendo presunção de omissão de saída por suprimento de caixa de origem não comprovada, em vez de saldo credor de caixa, entendo que esse aspecto em nada prejudicou o entendimento por parte do autuado, haja vista a clareza da descrição dos fatos e dos valores apontados nos demonstrativos “Auditoria das Disponibilidades II”, fls. 10, 13 e 16, e que muito menos se constituiria em óbice para sua defesa, caso atendesse a intimação para fornecimentos respectivos demonstrativos. Ademais, tanto o suprimento de caixa de origem não comprovado, quanto saldo credor de caixa são presunções constantes do § 3º do art. 2º do RICMS-BA/97 e com previsão legal de penalidades idênticas.

Na infração 1 o autuante exige o imposto amparado na premissa de que a escrituração indicou saldo credor de caixa autorizando, assim, ao fisco a presunção de omissão de saídas anteriores de

mercadorias tributáveis, sem pagamento do imposto. Já a infração 2 exige o imposto com base na presunção de saídas anteriores apurada através de entradas de mercadorias não registradas identificadas por meio de notas fiscais coletadas pelo CFAMT.

Observo que descabe a pretensão do autuado ao alegar em sua defesa de que a exigência fiscal caracterizada nas duas infrações do presente Auto de Infração advém do mesmo fato gerador, tendo em vista que não ocorrera superposição nas duas presunções em questão, já que as notas fiscais coletadas pelo CFAMT - infração 2, não constam da auditoria das disponibilidades que resultou nos saldos credores de caixa - infração 1.

Considero caracterizadas as infrações, cuja exigência tem respaldo legal no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, o qual prevê que a constatação de saldo credor na conta caixa, além de outras ocorrências, autorizam a presunção de saídas de mercadorias tributáveis anteriormente efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, o que não ocorreu no presente caso:

“Art.4º. Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

§ 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.”

Ressalto, porém, que este CONSEF, em várias decisões proferidas, já se manifestou que o imposto a ser exigido do contribuinte inscrito no regime no SimBahia, quando da constatação de saldo credor, entradas de mercadorias não registradas, além de outras ocorrências, somente será calculado com base no regime normal de apuração a partir do mês de novembro/2000.

“Art. 408-P - O contribuinte de que trata os incisos II, III, IV e V, do art. 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).”

Na presente autuação, foi exigido imposto do autuado com base no regime normal de apuração, quando o mesmo era inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS no SimBahia, como Microempresa, relativo a fatos geradores dos exercícios de 1998 a 2000, quando o dispositivo acima somente entrou em vigor a partir de 01/11/2000.

Os autos foram baixados em diligência para que o autuante providenciasse a elaboração de novos demonstrativos de apuração e de débito para os saldos credores de caixa - infração 1 e entradas de mercadorias não registradas - infração 2, no período de julho 1998 a outubro de 2000 considerando a condição cadastral do autuado e que nos meses novembro e dezembro de 2000 fosse mantida a apuração com a aplicação da alíquota normal de 17% e concedido o crédito presumido de 8%, na forma da legislação pertinente. Em seguida foi determinada à repartição fazendária que o autuado fosse intimado para tomar ciência do resultado da diligência e fornecidas cópias de todos demonstrativos de apuração e de débito constantes dos autos e das notas fiscais coletadas pelo CFAMT.

Cumprida a diligência pelo autuante, fls. 1488 a 1492, o débito originalmente lançado foi reduzido de R\$19.471,64 para R\$2.672,81. A repartição fazendária intimou o contribuinte na forma determinada, porém, ele não se manifestou fls.1493 a 1494.

Ressalto, ainda, que o autuante corretamente, concedeu o crédito de 8% previsto no § 1º do artigo 19, da Lei nº 7.357/98 - SimBahia, com a alteração introduzida pela Lei nº 8.534/02, em face da condição de microempresa do autuado.

Depois de examinar e constatar que estão corretos os ajustes e correções efetuados pelo autuante, acato os cálculos da diligência, apurados na revisão fiscal, conforme explicitados nos demonstrativos colacionado às fls. 1491 a 1492.

Saliento, ademais, que o art. 142, do RPAF-BA/99, dispõe que a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa em presunção de veracidade da afirmação da parte contrária. Desta forma, as infrações 1 e 2 são parcialmente procedentes, conforme demonstrativo de débito a seguir:

INFR.	DATA OCORR.	DATA VENCIM.	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	VAOR DEVIDO	MULTA
1	31/07/98	09/08/98	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	30/08/98	09/09/98	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	30/09/98	09/10/98	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	31/10/98	09/11/98	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	30/11/98	09/12/98	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	31/12/98	09/01/99	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	31/01/99	09/02/99	294,12	17,0%	50,00	50,0%
1	28/02/99	09/03/99	294,12	17,0%	50,00	50,0%
1	30/11/99	09/12/99	147,06	17,0%	25,00	50,0%
1	31/12/99	09/01/00	441,18	17,0%	75,00	50,0%
1	30/11/00	09/12/00	814,59	17,0%	138,48	70,0%
1	31/12/00	09/01/01	547,06	17,0%	93,00	70,0%
2	30/11/00	09/12/00	6.160,82	17,0%	1.047,34	70,0%
2	31/12/00	09/01/01	6.141,12	17,0%	1.043,99	70,0%
TOTAL					2.672,81	

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, sendo que as infrações 1 e 2 foram alteradas em relação ao período de julho de 1998 a outubro de 2000 conforme já mencionado anteriormente, ficando, entretanto, mantido o valor originalmente lançado nos meses de novembro e dezembro de 2000, em face da condição cadastral do autuado como microempresa do SimBahia.

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 299134.0104/03-3, lavrado contra **SUPERMERCADO GOLFINHO LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.672,81**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$350,00 e de 70% sobre R\$2.322,81, previstas no artigo 42, incisos I, alínea “b” item 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios.

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 2, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2008.

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA - JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR