

A. I. N ° - 117227.0005/05-5
AUTUADO - CBE – COMERCIAL BOBONIERE E EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - ROQUE PEREIRA DA SILVA
ORIGEM - INFAZ/IGUATEMI
INTERNET - 10.03.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0022-02/08

EMENTA: ICMS. 1. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **2.** CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte não comprovou a origem dos recursos. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. a) FALTA DE RECOLHIMENTO. b) RECOLHIMENTO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo (acordo, convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Infrações subsistentes. Afastada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 31/03/2005, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$169.957,73, em decorrência de:

- 1- Recolhimento a menos do ICMS, no valor R\$408,55, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS - SimBahia.
- 2- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com ICMS devido no valor de R\$48.582,17, apurada através de saldo credor de caixa.
- 3- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$106.585,63, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.
- 4- Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$14.381,38, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

O autuado apresentou defesa às fl. 1504 a 1518, impugnando parcialmente o lançamento tributário, inicialmente informando que reconhece a infração 01, estando providenciando o recolhimento.

Aduz que por ser um empresa inscrita no SimBahia, não há que se falar em cobrança de imposto, mas, no máximo em aplicação de uma penalidade fixa por descumprimento de obrigação acessória, sem penalidade expressamente prevista, de acordo com o artigo 42, inciso XXII da Lei nº 7.014/96.

Relativamente ao item 2 que trata da omissão de saídas, requer a nulidade uma vez que o autuado não apresentou os documentos que sustentem a presunção argüida, impedindo a empresa de aferir a procedência ou não da imposição tributária, transcrevendo o artigo 18, incisos II e IV do RPAF/99. Informa que está desobrigado pela legislação federal a escriturar os livros contábeis e que os levantamentos efetuados pelo autuante contêm várias irregularidades tendo em vista que compras a prazo foram consideradas como a vista, provocando as distorções encontradas nos saldos.

Em relação aos itens 3 e 4 que tratam da falta de recolhimento e recolhimento a menos da antecipação tributária, assevera que em nenhum momento ocorreu a suposta infração, reiterando que o autuante não apresentou os documentos capazes de sustentar a cobrança, impossibilitando e prejudicando a defesa do contribuinte pois que estaria impedido de aferir a procedência ou não da imposição tributária, requerendo a nulidade das infrações.

Alega inconstitucionalidade da multa aplicada, sendo confiscatória e desproporcional. Questiona aplicação da taxa SELIC, ressaltando que o STJ já tem posição consolidado que a mesma não pode ser aplicada cumulativamente com outros índices de reajustamento.

Ao final, protesta por todo meio de prova e pela procedência parcial da autuação.

Na informação fiscal às folhas 1504 a 1518, o autuado ressaltou o autuante reconheceu a procedência da infração 01.

Em relação a infração 02 informa que acostou todos os documentos comprobatórios da irregularidade.

Quanto as infrações 03 e 04, aduz que os demonstrativos são claros e incontestáveis e que todos os documentos foram anexados ao Auto de Infração.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 4ª JF decidido por sua conversão em diligência à INFAZ de origem, para que o autuante elabora-se novos demonstrativos para o período de até outubro de 2000 (Regime SimBahia), adequando a cobrança do imposto ao regime de apuração do SimBahia no exercício de 2000, considerando as novas faixas de enquadramento, mensalmente, e a partir de novembro de 2000 apurar o imposto devido pelo regime Normal de Apuração, concedendo o crédito de 8% conferido pela Lei nº 7.357/98, artigo 19. Devendo, ainda, observar as datas de vencimentos das duplicadas. Posteriormente, à INFAZ deveria entregar ao autuado, mediante recibo, cópia dos documentos de folhas 13 a 1.489 dos autos, do resultado da diligência e seus anexos, informando-o da reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias.

O pedido de diligência foi atendido, tendo o autuante revisado o demonstrativo da infração 02, reduzindo o valor do débito para R\$7.431,26, correspondente a R\$3.804,25 relativo ao período de janeiro a outubro e R\$3.627,01 relativo a novembro e dezembro/00. Frisa que já havia concedido o crédito de 8%, sob a nomenclatura de crédito presumido, folhas 36 e 38, informando ainda, que considerou as datas de vencimento das duplicatas.

À folha 1556, o autuado recebeu cópia de todos os documentos que embasaram o Auto de Infração, sendo intimado da reabertura de defesa pelo prazo de 30 dias, para se pronunciar, porém, silenciou.

A Secretaria do CONSEF fez juntada às fls. 1558 e 1559 dos autos de extratos relativos ao pagamento de parte do débito.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente de 04 infrações, as quais passo a analisá-las.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que não houve cerceamento do direito de defesa, uma vez que o PAF foi convertido em diligência, tendo o autuado recebido cópias de todos os levantamentos e documentos que embasaram a autuação, sendo reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias. Quanto à presunção, a mesma encontra-se prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96. Ademais, não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite sua decretação.

Em sua defesa o autuado reconheceu integralmente a infração 01. Portanto, não existe lide em relação a mesma, razão pela qual entendo caracterizada.

Na infração 02, é imputado ao autuado omissões de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio de saldos credores na conta “Caixa”.

Após analisar os demonstrativos anexados aos autos, constato que o autuante, com base na escrita fiscal e documentos apresentados pelo contribuinte, efetuou um levantamento do fluxo financeiro do autuado e detectou a ocorrência de saldos credores na conta “Caixa”.

Logo, entendo que foi constatada a ocorrência de saldo credor na conta caixa, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo, tiveram a sua origem desconhecida. Neste sentido, a regra disposta no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa ou suprimentos a caixa não comprovados autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Na mesma forma que a infração anterior, também não pode ser acolhido o argumento do autuado de que não é devido o pagamento da antecipação tributária pelo fato de ser contribuinte enquadrado no SimBahia, na época dos fatos geradores, uma vez que o RICMS/97, o Artigo 408-P, combinado com os artigos 408-L, inciso V e 915, inciso III, estabelecem que:

“Art. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

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).

Assim, mesmo os contribuintes enquadrados no regime de apuração do SimBahia ao praticarem infrações de natureza grave, no caso em tela saldo credor de caixa, perdem o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia), sendo o mesmo apurado pelo regime normal, com a aplicação do crédito de 8%.

A apuração do saldo credor de caixa, trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária.

O PAF foi convertido em diligência ao auditor autuante, para realizar a adequação do ICMS apurado ao regime do SimBahia, no período de janeiro a outubro de 2000, considerando as faixas de enquadramento e concedendo o crédito nos demais meses. Observo que o autuante equivocou-se ao opinar para que a infração fosse reduzida para R\$7.431,27, uma vez este valor corresponde apenas aos fatos geradores do exercício de 2000, R\$3.804,26 relativo ao período de janeiro a outubro e R\$3.627,01 relativo a novembro e dezembro/00. Entretanto, a infração refere-se aos exercícios de 2000 e 2001, sendo R\$7.431,27 (exercício de 2000) e mais R\$31.342,50, conforme demonstrativo abaixo:

MÊS OCORRÊNCIA	ICMS DEVIDO
31/01/00	0,00
28/02/00	33,72
31/03/00	0,00
30/04/00	0,00
31/05/00	0,00
30/06/00	717,99
31/07/00	725,95
31/08/00	726,56
30/09/00	826,67
31/10/00	773,37
30/11/00	1.910,75
31/12/00	1.716,26
31/01/01	245,74
28/02/01	1.119,32
31/03/01	848,72
30/04/01	1.638,20
31/05/01	2.740,66
30/06/01	5.564,40
31/07/01	2.339,47
31/08/01	2.426,27
30/09/01	3.207,21
31/10/01	3.033,92
30/11/01	3.324,47
31/12/01	4.854,12
TOTAL	38.773,77

Ressalto que o autuado recebeu cópia do resultado da diligência, sendo informado do prazo de reabertura de defesa (30 dias), porém, silenciou.

Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada, no valor de R\$38.773,77.

Nas Infrações 03 e 04 são imputadas ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação (infração 03) e o recolhimento a menos do ICMS por antecipação (infração 04), ambas na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

O pagamento do imposto, a título de antecipação tributária pelos contribuintes enquadrado no SimBahia, na época dos fatos geradores, encontra-se previsto no RICMS/97, na alínea “b” do inciso I do Artigo 399-A, estabelece que:

“Art. 399-A. A adoção do regime de apuração do SimBahia será feita com as seguintes restrições:

I - não se aplicam os critérios de apuração do ICMS nele estabelecidos para o pagamento do imposto:

a) ...;

b) nas operações e prestações sujeitas a antecipação ou substituição tributária;”

Assim, mesmo os contribuintes enquadrados no regime de apuração do SimBahia são obrigados a realizarem a antecipação tributária, quando adquirem em outros estados mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior.

Logo, as infrações 03 e 04 restaram caracterizadas.

Em relação à inconstitucionalidade da taxa SELIC, mais uma vez, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma. Por sua vez, a jurisprudência consolidada deste Órgão Julgador é no sentido de que a mesma é devida, pois a atualização dos débitos tributários pela taxa SELIC é prevista no art. 102, § 2º, II, da Lei nº 3.956/81 (COTEB).

Quanto a argüição de inconstitucionalidade da multa aplicada, por entender o autuado que é confiscatória e desproporcional, reitero que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma, razão pela qual me abstenho de manifestar a respeito.

Ressalto, outrossim, em relação a infração 04, que o autuante incorreu em equívoco, ao indicar na infração em tela o dispositivo da multa aplicada como sendo o inciso III, quando o correto é o II, alínea “d”, no mesmo art. 42, e mesma da Lei nº 7014/96, pelo que fica retificada o inciso indicado, não havendo nenhuma alteração de valor, uma vez que a multa foi corretamente calculada no percentual de 60%.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, conforme abaixo, homologando os valores efetivamente recolhidos:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO	JULGAMENTO
1	408,55	PROCEDENTE
2	38.773,77	PROC. EM PARTE
3	106.585,63	PROCEDENTE
4	14.381,38	PROCEDENTE
TOTAL	160.149,34	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 117227.0005/05-5, lavrado contra CBE – COMERCIAL BOBONIERE E EMBALAGENS LTDA., devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$160.149,33**, acrescido das multas de 70% sobre

R\$38.773,77, 60% sobre R\$120.967,01 e 50% sobre R\$408,55 previstas no art. 42, incisos III; II, “d” e, I, “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais devendo ser homologado os valores efetivamente recolhidos.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR