

A. I. N° - 279862.0009/07-8
AUTUADO - H N COMÉRCIO DE MATERIAIS ELÉTRICOS LTDA.
AUTUANTE - JOÃO RICARDO TERCEIRO E BARRETO
ORIGEM - INFAZ SENHOR DO BONFIM
INTERNET - 28.05.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0122-02/08

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. MICROEMPESA. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro ou 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. Comprovada a ocorrência através de cópias de notas fiscais coletadas no CFAMT no trajeto das mercadorias para o estabelecimento autuado, e servem como elemento de prova do cometimento da infração. Imposto calculado pelo regime normal de apuração, com a concessão do crédito fiscal previsto no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97, dada a condição de contribuinte inscrito no SIMBAHIA. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 03/10/2007, exige ICMS, no valor de R\$14.244,26, acrescido da multa de 70%, decorrente da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas no livro Caixa, referentes a diversas notas fiscais retidas nos Postos Fiscais da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (CFAMT), nos exercícios de 2002 e 2003.

O autuado apresentou defesa, fls. 213 e 223, impugnando o lançamento tributário alegando que a autuação não pode prosperar pois o autuado encontrava-se enquadrado no regime de apuração do ICMS em função da receita bruta, no SimBahia, não cabendo a desqualificação do regime na ação fiscal.

Tece comentário sobre o princípio constitucional da ampla defesa, do princípio do in dubio pro contribuinte, previsto no artigo 112 CTN, função administrativa.

Reitera que o autuado estava enquadrado no SimBahia, tendo o autuante deixado de observar os princípios da legalidade objetiva e da verdade material previsto no RPAF em vigor, transcrevendo o artigo 2º do citado regulamento e o artigo 383-A do RICMS/97, além de trechos dos Acórdãos JJF N° 0378-03/02, CJF N° 0060-12/07, CJF N° 0179-12/07 e CJF N° 0069-12/06.

Ao finalizar, requer a nulidade da autuação.

Na informação fiscal, fls. 238, o auditor autuante ressalta que a defesa se baseia exclusivamente na tese da nulidade da autuação, entendendo que não pode ser autuado por se encontrar no SimBahia, entretanto, o autuado não observou que à folha 06 dos autos, consta a coluna “Crédito

Presumido 8%”, crédito este previsto no artigo 408-S do RICMS, que disciplina o cálculo da cobrança de ICMS, via autuação, para os contribuintes na condição do SimBahia.

VOTO

Inicialmente, em relação à arguição de inconstitucionalidade à cobrança, ressalto que o art. 167, I, do RPAF/99, exclui da competência dos órgãos julgadores a declaração da mesma.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, por entender o autuado de que não foi observado que se encontrava enquadrado no SimBahia, uma vez 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 de saídas, 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%.

Ademais, não se observa qualquer erro ou vício que possibilite a decretação de nulidade, em conformidade com o disposto no art.18, do RPAF/99.

Desta situação, determina o art. 2º, inciso § 3º, III, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados.

Analisando os elementos que instruem o PAF, contata-se que o auditor, com base nas vias das notas fiscais do CFAMT, realizou um confronto com os registros constantes no livro Registro de Entradas do autuado, tendo apurado a falta de registros de diversas notas.

Trata-se de uma presunção “*juris tantum*”, ou seja, admite prova contrária, portanto, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, fato que não ocorreu no presente PAF, uma vez que o autuado não questionou nenhuma nota fiscal incluída no levantamento, nem mesmo questionou qualquer valor constante do levantamento fiscal.

Ressalto que o autuante entregou ao contribuinte autuado, mediante recibo à folha 10 cópia de todas as notas fiscais que embasaram a autuação.

Em relação aos Acórdãos citados pela defesa, os mesmo não tratam da mesma matéria em lide.

Logo, entendo que o procedimento do auditor autuante ocorreu em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação diversas notas não foram registradas.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

VOTO DISCORDANTE

Houve neste caso uma infração. O fiscal, contudo, não soube o que fazer diante da infração constatada.

O que foi verificado, conforme consta no campo “Descrição dos Fatos”, foi isto: o contribuinte não registrou no livro Caixa Notas Fiscais de aquisição de mercadorias.

A partir desse fato, o fiscal aplicou a presunção prevista no § 3º, IV, do art. 2º do RICMS.

A presunção autorizada pelo dispositivo supracitado é para o caso de falta de registro de “entradas de mercadorias” na contabilidade do contribuinte.

Acontece que a legislação dispensava os contribuintes inscritos no SimBahia da manutenção de escrituração regular. Nos termos do art. 408-C, VI, “a”, do RICMS, em vigor à época dos fatos em exame, os contribuintes inscritos no SimBahia com receita bruta superior a R\$30.000,00, em *substituição à apresentação da escrita mercantil*, “podem” escriturar o livro Caixa, “com o registro de sua *movimentação financeira, inclusive bancária*” (os grifos são meus).

O Regulamento, neste caso, ao prever a faculdade de adoção do livro Caixa em substituição à exigência da escrita mercantil completa, diz uma coisa óbvia, ao se referir ao conteúdo do livro Caixa: sua finalidade era o registro da movimentação financeira, inclusive bancária.

Alguém considera que “entradas de mercadorias” constituem movimentação financeira?

O que se pode afirmar é que a movimentação financeira objeto de registros no livro Caixa se refere, muitas vezes, a negócios dos quais resultam entradas de mercadorias. Só isso.

Considero absurdo dizer-se que no livro Caixa devam ser registradas “entradas de mercadorias”.

O livro Caixa destina-se ao registro de ingressos e saídas de dinheiro (dinheiro em sentido amplo, compreendendo a movimentação bancária efetuada mediante cheques, transferências, débitos, créditos, etc.).

Obviamente, o livro Caixa não se destina ao registro de “entradas de mercadorias”.

O que no referido livro devem constar são entradas (e saídas) “de dinheiro”, e não “de mercadorias”.

Entradas de mercadorias são objeto de registro é em outro instrumento, a DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte).

Para quem suponha que tudo dá na mesma coisa, convém lembrar que normas que cuidam de infrações e penalidades devem ser interpretadas nos estritos termos da lei. Não se admite interpretação analógica ou extensiva em matéria penal (tributária penal, neste caso).

O legislador, notando a lacuna existente na lei estadual, supriu essa lacuna, ao acrescentar ao art. 42 da Lei nº 7.014/96 o inciso XII-A. Esse inciso prevê a multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), nestes termos:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XII-A – 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME).”

Em suma, no caso de contribuinte *dispensado de escrituração regular*, não é possível a aplicação da presunção de que cuida o § 3º do art. 2º do RICMS, que cuida da *omissão, na escrita do contribuinte, de “entradas de mercadorias”*.

Uma coisa é omissão de “entradas de mercadorias” na contabilidade; outra coisa é omissão de “pagamentos” no livro Caixa.

É impossível a atribuição de responsabilidade tributária e a aplicação de pena por meio de interpretação analógica ou extensiva.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **279862.0009/07-8**, lavrado contra **H N COMÉRCIO DE MATERIAIS ELETRICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$14.244,26**, 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, 13 de maio de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE