

A. I. Nº - 232875.1201/07-3
AUTUADO - COLD AIR COMERCIAL LTDA.
AUTUANTE - ANTÔNIO LUIS DOS SANTOS PALMA
ORIGEM - INFAZ ATACADO
INTERNET - 09.09.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0134-05/08

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. DESENQUADRAMENTO. CONSTITUIÇÃO DA EMPRESA COM A INTERPOSIÇÃO DE PESSOAS QUE NÃO SÃO SEUS EFETIVOS SÓCIOS OU PROPRIETÁRIOS. **a)** 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. As notas do CFAMT servem como meio de prova hábil quanto ao cometimento da infração. Concedidos os créditos do EXIGÊNCIA DO IMPOSTO COM BASE NO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES ESCRITURADAS EM LIVROS FISCAIS. Constatada a opção pelo regime SIMBAHIA com a interposição de pessoas que não seja efetivos sócios ou proprietários, sendo o imposto devido apurado com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, desde a ocorrência do fato que ensejou o desenquadramento, conforme determina a legislação. Contribuinte alegou, porém não comprovou ser indevida a exigência fiscal. Concedido o crédito de direito de 8%. Infração parcialmente caracterizada. **2.** DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE APRESENTAÇÃO. MULTA. A falta de exibição de documentos fiscais, quando regularmente intimado, configura infração com penalidade por descumprimento de obrigação acessória. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 26/12/2007, para exigir o valor de R\$4.282,12, em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia, para exigir imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória, na condição de normal, devidamente autorizado pela inspetora da INFAZ Varejo, que informou ter apurado ser constituído o contribuinte de pessoas interpostas, não efetivos sócios ou proprietários, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Sendo lançado o valor de R\$1.217,95 e aplicada a multa de 70%.
2. Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Sendo lançado o valor de R\$2.564,17 e aplicada a multa de 50%.
3. Falta de apresentação de documentos fiscais, quando regularmente intimado.

O autuado em sua defesa (fls. 72 a 75), diz que o procedimento desenvolvido de desenquadramento que pretende caracterizar a prática de atos irregulares por ele e sua representante legal foi equivocado porque está sob questionamento e pendente de conclusão. Pontua que se defendeu das acusações na esfera administrativa e que ainda não houve julgamento de sua defesa. Aduz que por essa razão qualquer exigência fiscal só poderia ser realizada na condição de empresa de pequeno porte, considerando a sua opção pelo SimBahia.

Contestando a infração 1, assevera que as mercadorias relacionadas nas planilhas por ele recebidas nem entraram nem saíram do seu estabelecimento. Garante que as notas fiscais foram equivocadamente emitidas por seus fornecedores com a identificação dos seus estabelecimentos. Profere que o estabelecimento das mercadorias era outro, e que para desfazer o engano, solicitou carta de correção das Notas Fiscais nºs 406918, 408610 e 174569. Fala que quanto às demais notas fiscais solicitaram também, carta de correção e se encontra aguardando o envio por parte dos seus fornecedores.

Assegura que as referidas mercadorias não se dirigiam ao seu estabelecimento, mas a outro que também lhe pertence, localizado na Alameda das Espatódias, 374, Caminho das Árvores. Afirma que naquele estabelecimento todas as notas fiscais foram escrituradas, o ICMS apurado e recolhido. Pede que seja feita inspeção nos livros fiscais do referido estabelecimento para constatação dos fatos alegados.

Argumenta que pelo seu estabelecimento jamais poderia adquirir referidas mercadorias, porque desde fevereiro de 2003 requereu a sua baixa junto à Junta Comercial do Estado da Bahia, tendo sido arquivada em 02 de março de 2003. Diz que foi baixado na mesma época o seu CNPJ na Receita Federal. Prega que improcede a autuação.

Quanto à infração 2, registra que não tem como apresentar cópia do livro Registro de Apuração, porque não localizou. Diz que é possível argüir a inconsistência da infração e a improcedência da autuação.

Alega que a base de cálculo apurada só pode se referir a estoque transferido do seu estabelecimento para outro estabelecimento situado na Alameda das Espatódias, 374, Caminho das Árvores, I.E. 21.773.460 e CNPJ nº 13.199.567/0001-80, e que por isso não haveria recolhimento do ICMS, porque era SimBahia.

Sobre a infração 3, diz que não atendeu a intimação da fiscalização porque os documentos solicitados referentes à PAIDF nº 17410048372000, tinham sido extraviados. Aduz que não houve dolo, fraude ou simulação, que por essa razão pede o cancelamento da multa.

Conclui pedindo que seja julgado improcedente todo o Auto de Infração. Fala que se propõe provar o alegado, com inspeções em livros fiscais, com perícia contábil e por todos os meios de direito permitidos, com juntada posterior de documentos.

O autuante em sua informação fiscal (fl. 91) diz que a investigação fiscal deu todo o suporte para a realização do desenquadramento. Assegura que todas as informações necessárias para julgamento estão no processo.

Pede que seja mantido o Auto de Infração.

VOTO

O presente Auto de Infração foi lavrado para exigir o ICMS em decorrência de desenquadramento do Regime Simplificado de Apuração do ICMS, SimBahia. Exigindo imposto e multa por descumprimento de obrigação acessória na condição de normal.

De início saliento que o Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), que era aplicável à microempresa, à empresa de pequeno porte e ao ambulante foi instituído pela Lei nº 7.357/98, sendo sua adoção facultativa e condicionada a determinações e limites previstos na citada lei.

Para fins de adoção do tratamento tributário previsto na referida Lei, considerava-se na mensuração da receita bruta anual, para fins de cotejo com os limites nela previstos. Se a empresa mantivesse mais de um estabelecimento ou tivesse titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas inscritas em cadastros de contribuintes do ICMS, levar-se-ia em conta a receita bruta global de todos eles, não importando se do mesmo ou de diversos ramos de atividades econômicas.

De acordo § 7º, do artigo 2º, da Lei nº 7.357/98, o enquadramento no SimBahia era efetuado com base no CNPJ básico, ou seja, no caso de empresa com mais de um estabelecimento, todos deveriam se enquadrar na mesma condição, sendo que a microempresa poderia ter estabelecimentos com faixas distintas, levando-se em consideração a receita bruta ou o volume de compras de cada um.

O contribuinte interessado em adotar o tratamento tributário à época instituído teria de formalizar opção no ato de sua inscrição no cadastro de contribuintes do imposto, ou em qualquer outro momento, desde que se enquadrasse nas condições e limites fixados na lei que instituiu o benefício do SimBahia, entre eles o previsto no § 7º, do artigo 2º, acima mencionado, existindo uma vedação expressa no artigo 6º, inciso IV, da Lei nº 7.357/98, *in verbis*:

“Art. 6º Não poderá optar pelo enquadramento na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte:

[...]

IV - a empresa cujo titular ou sócio tenha participação no capital social de outra ou outras empresas, se a receita bruta global conjunta das empresas ultrapassar o limite de enquadramento de que trata o art. 2º, da Lei do SimBahia.”

Ocorre que a Inspeção Fazendária de Varejo da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia excluiu do SimBahia, de ofício, todas as empresas no denominado Grupo Cold Air, conforme folhas 39 a 41 das Considerações Finais do relatório denominado “ASSUNTO: RELATÓRIO INVESTIGAÇÃO FISCAL DO GRUPO COLD AIR”, constante das fls. 20 a 42 acostado aos autos, por ter apurado o seguinte: a) as empresas investigadas fazem parte de um grupo de responsabilidade de Maria da Conceição Gomes Cardoso Valente; b) houve utilização de familiares como interpostas pessoas; c) foram utilizados empregados como interpostas pessoas. Tudo para possibilitar o enquadramento indevido de empresas no SimBahia.

Concluiu-se que as empresas COLD AIR COMERCIAL LTDA, ELETRONOX COMERCIAL LTDA, G. CARDOSO COMERCIAL LTDA, CARDOSO VALENTE COMERCIAL LTDA, e M & J COMÉRCIO DE CONFECÇÕES E ELETRÔNICOS LTDA foram constituídas com a utilização de filhos de MARIA DA CONCEIÇÃO GOMES CARDOSO VALENTE e empregados de empresas em comento, na condição de interpostas pessoas, porque o faturamento total do grupo excedeu o valor estabelecido para o enquadramento na qualidade de Empresa de Pequeno Porte - R\$1.200.000,00 para os exercícios de 2002 a 2004. Ficando demonstrado nas fls. 25 e 35 do PAF referente à investigação.

A investigação fiscal da Inspeção foi objeto de impugnação do autuado, porém o procedimento fiscal encontra-se amparado nos incisos II e IV do artigo 15, combinado com o artigo 19 e inciso IV do artigo 22, todos da Lei nº 7.357/98, *in verbis*:

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

(...)

II - que optar pelo enquadramento no Regime, utilizando-se de declarações inexatas ou falsas;

(...)

IV - constituída com interposição de pessoas que não sejam os efetivos sócios ou proprietários;

(...)

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

(...)

Art. 22. A exclusão dar-se-á de ofício:

(...)

IV - nas situações mencionadas nos incisos II, III e IV do art. 15;”

Ressalto que o contribuinte recebeu cópias das planilhas elaboradas pelo autuante (fls. 8 e 9), Relação notas fiscais do CFAMT (fls. 10 e 15) e cópia da informação fiscal (fls. 82). Demonstrou ter tido acesso às notas fiscais juntadas ao processo quando disse que solicitou carta de correção de dados das mesmas, tendo sido atendido de imediato em relação às de nºs 406918, 408610 e 174569 que está aguardando ao atendimento do pedido relativo às demais (fl. 73).

Superadas essas questões, no mérito, em relação à infração 1, vejo que as mercadorias adquiridas através das notas fiscais juntadas às fls. 11 a 19 do processo, colhidas através do sistema CFAMT, não foram registradas. Este Conselho de Fazenda do Estado da Bahia, por meio de Acórdãos prolatados, 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 registradas, comprovado pelas vias de notas fiscais retidas através do CFAMT.

O contribuinte apenas alegou que ditas mercadorias relacionadas nas planilhas por ele recebidas nem entraram nem saíram do seu estabelecimento. Disse que as notas fiscais foram equivocadamente emitidas por seus fornecedores com a identificação do seu estabelecimento, quando as mesmas eram destinadas a outro que também lhe pertence, localizado na Alameda das Espatódias, 374, Caminho das Árvores. Alegou que para regularizar o equívoco foi emitida carta de correção.

Observei que todos os dados das notas fiscais pertencem ao autuado. Caso ditas mercadorias pertencessem à outra empresa, teria de regularizar o alegado equívoco com outra Nota Fiscal emitida por seu fornecedor com este fim específico para corrigir o aludido engano. Ressalto que o contribuinte não apresentou essas notas fiscais. Saliento que as “cartas de correção” são inprestáveis para fundamentar suas alegações. Estas são admitidas apenas quando se relacionam os dados que não implicam mudança completa do estabelecimento destinatário (nome, endereço, inscrições estadual e no CNPJ), como ocorreu no presente caso. (art. 201, § 6 do RICMS/97).

Afirmou ainda que naquele estabelecimento todas as notas fiscais foram escrituradas, o ICMS apurado e recolhido. Entretanto não trouxe aos autos prova cabal do que alegou. Pede apenas que fosse feita inspeção nos livros fiscais do alegado estabelecimento destinatário para constatação dos registros das notas fiscais e do pagamento do imposto, numa tentativa de inverter o ônus da prova.

A presunção é uma das raras hipóteses em que há inversão do ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo apresentar provas que a afastem. O próprio conceito de presunção é tomar como certo algo que é apenas provável e, sendo provável é porque tem de existir uma infinidade de hipóteses alternativas ao fato presumido. Anoto que toda a presunção não é definitiva, admitindo prova em contrário, e que este ônus é do contribuinte, não do fisco. Portanto está correta a exigência do imposto. Como o contribuinte não elidiu a acusação feita, conforme art. 123 do RPAF/99, mantenho a autuação.

Entretanto o valor a ser exigido será reduzido, porque na apuração do imposto a ser lançado foram considerados os créditos destacados nas notas fiscais de entradas. Ressalto que em razão do seu desenquadramento para o cálculo imposto deveria ter sido utilizado o crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do ICMS, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais (art. 408-S, § 1º. do RICMS/97).

Portanto, utilizando o critério exigido no referido dispositivo regulamentar, sobre os totais das omissões de saídas por presunção legal (entradas não registradas), apliquei a alíquota interna de 17% e do imposto apurado compensei os créditos equivalentes a 8% sobre os valores das referidas saídas computadas na apuração do débito do imposto, tendo apurado o ICMS a ser exigido nesta infração no valor de R\$1.063,58, assim demonstrado:

Data Ocorrência	Data Vencimento	V.N. Fiscal-1	ICMS 17% 2 (1 x 17%)	Crédito 8% 3 (1 x 8%)	ICMS Apurado .4=2-3
28/02/2002	09/03/2002	1.556,59	264,62	124,53	140,09
31/03/2002	09/04/2002	2.865,68	487,17	229,25	257,92
30/04/2002	09/05/2002	1.641,64	279,08	131,33	147,75
31/12/2003	09/01/2004	5.753,60	978,11	460,29	517,82
Total					1.063,58

Quanto à infração 2, constatei que foi exigido o imposto com base na escrituração fiscal feita pelo próprio sujeito passivo em seu livro Registro de Apuração do ICMS (fls. 64) que consignou o valor de R\$17.600,16 sem registrar o imposto.

Alegou apenas que a base de cálculo apurada só poderia se referir a estoque transferido do seu estabelecimento para outro que lhe pertence, situado na Alameda das Espatódias, 374, Caminho das Árvores, I.E. 21.773.460 e CNPJ nº 13.199.567/0001-80, e que não haveria recolhimento do ICMS, porque era SimBahia. Afirmou que não tem como apresentar cópia do livro Registro de Apuração, porque não o localizou.

O contribuinte não colacionou aos autos qualquer documento fiscal comprovando se tratar de efetiva transferência e de que as saídas subseqüentes das mercadorias não seriam mais tributadas.

Vejo que a autuação se deu considerando o sujeito passivo na condição de normal face o seu desenquadramento do SimBahia. Ressalto que o próprio contribuinte processou a escrituração fiscal, mas não apresentou nem na constância da ação fiscal nem na defesa documentos fiscais comprovando que as operações de saídas das mercadorias por ele consignadas em seu livro de Apuração de ICMS não são tributadas.

Pelo exposto como nenhuma prova foi trazida ao processo, ressalto que, conforme o disposto no art. 123 do RPAF/99-BA, é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver referentes às suas alegações e como nada foi apresentado, constitui mera negativa de cometimento das infrações, o que à luz do art. 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Pelo que concluo que não foram apresentadas as provas suficientes para elidir as infrações.

Vejo que na apuração do imposto o autuante concedeu crédito a menos que o de direito. O imposto está sendo exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, face o seu desenquadramento do SimBahia, tendo em vista o disposto no art. 408-S, § 1º do RICMS/97. Assim, dos R\$17.600,16 consignado no livro Registro de Apuração do ICMS, apliquei a alíquota de 17% e do imposto apurado de R\$2.992,03, compensei o crédito R\$1.408,01, equivalente à 8% sobre o valor da saída computada na apuração do débito do imposto, tendo apurado o ICMS a ser exigido no valor de R\$1.584,02 (R\$2.992,03-1.408,01=1.584,02). Infração parcialmente caracterizada.

Em referência à infração 3, observo que o sujeito passivo regularmente intimado não apresentou as Notas Fiscais nºs 001 a 100 atinentes à PAIDF nº 17410048372000. Declarou expressamente que referidos documentos fiscais tinham sido extraviados (fl. 07). Saliento que nesses casos legislação do ICMS prevê a exigência de multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a R\$5,00 por documentos extraviados. Vejo que está correta a exigência do valor de R\$500,00, feita pelo autuante. Infração subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração

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 232875.1201/07-3, lavrado contra **COLD AIR COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.647,60**, acrescido das multas de 70%, sobre R\$1.063,58, e 50% sobre R\$1.584,02, previstas no art. 42, inciso III, e I, alínea “a”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$500,00**, prevista no inciso XIX, do referido artigo e supracitada Lei.

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

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR