

A. I. N ° - 110123.0025/03-0
AUTUADO - DISTRIBUIDORA J G COMÉRCIO DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.
AUTUANTE - LUIS HENRIQUE DA SILVA TEIXEIRA e JOSÉ RÔMULO FRAGA BARRETO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 09.09.08

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-05/08

EMENTA: ICMS. 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 das datas dos efetivos pagamentos da notas fiscais de aquisição no levantamento fiscal. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente caracterizada. Afastada a preliminar de nulidade. Diligência fiscal indeferida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 10/11/2003, exige ICMS no valor de R\$91.521,19, acrescido de multa de 70%, pela falta de recolhimento do ICMS em decorrência de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta caixa no período fiscalizado de 1999, 2000, 2001 e 2002.

O autuado em sua impugnação, fls. 900 a 946, inicialmente, antes de cuidar da lide propriamente, discorre com minudência acerca dos princípios que considera da maior importância para o Processo Administrativo Fiscal (PAF). Em relação ao princípio da *legalidade objetiva*, observa que a função administrativa tributária exercida pela autoridade fiscal exige obediência a este princípio, segundo o qual o tributo será tornado líquido e certo e exigido dentro da mais estrita legalidade, agindo o Fisco com integral imparcialidade. Diz que o art. 2º do Regimento Interno do CONSEF alberga o princípio da verdade material demonstrando a predominância deste princípio no PAF, através do qual a autoridade julgadora tem liberdade, assim como a autoridade lançadora tem a obrigação de colher as provas que entenderem necessárias à demonstração da ocorrência, ou não, do fato jurídico tributário.

Quanto ao princípio da *inquisitorialidade* ressalta ser característica intrínseca deste princípio a concessão de mais liberdade na direção e disciplina do ato de lançamento, bem como na preparação do processo tributário, nos momentos que antecedem o julgamento, no intuito de se averiguar, oficiosamente, os fatos fiscalmente relevantes. O princípio da *tipicidade cerrada*, afirma o autuado, implica na subsunção do fato concreto ao tipo legal, ou seja, o fato concreto deve apresentar as notas características do tipo, para que este lhe possa ser aplicado, com isto, o tipo tributário cerrado quando levado a efeito, oferece certeza e segurança para o contribuinte. Depois de expender suas considerações acerca dos supra enunciados princípios, o autuado diz esperar que os fatos e argumentos externados em sua impugnação sejam apreciados pelos julgadores à luz destes princípios, além de outros, aplicáveis ao presente caso.

Afirma o autuado que o Auto de Infração deve ser nulo por apresentar omissões e incorreções de natureza grave, e não apenas eventuais ou meramente formais, como prevê o § 1º do art. 18 do RPAF-BA/99. Invoca ofensa ao cerceamento ao seu direito de exercício da ampla defesa pelo fato

da acusação fiscal está descrita como sendo omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa. Observa que, como não existe na legislação estadual dispositivo algum que indique a ocorrência de saldo credor de Caixa como sendo fato gerador do ICMS, e que os autuantes não explicitaram o nexo causal entre omissão de saídas de mercadorias tributáveis e saldo credor na Conta Caixa, gerando, por isto, falta de elementos suficientes para se determinar com segurança e clareza o fato gerador. Aduz ainda que, por não ter compreendido de forma clara o teor da autuação ficou prejudicado no exercício do sagrado direito de defesa, impedido que ficara de elaborar uma defesa ideal onde pudesse apresentar todos os argumentos defensivos aplicáveis à questão.

Para corroborar seu argumento de nulidade, ante a inexistência de elementos suficientes para se determinar com segurança a infração, reproduz o teor da alínea “a” do inciso IV do art 18 do RPAF-BA/99, além de transcrever diversas ementas de julgamento prolatados pelas Juntas de Julgamento Fiscal deste CONSEF, fls. 918 e 919. Alega também a inexistência de pressuposto básico para cálculo do ICMS pelo regime normal, em lugar do regime simplificado - SimBahia, em que se encontrava enquadrado, pede a anulação do lançamento do crédito tributário, pois ressalta que caso tivesse sido desenquadrado, o que não ocorrera, os efeitos do desenquadramento, para fins de cobrança do imposto, somente surtiria efeitos *a posteriori* e jamais de forma retroativa. Requer o autuado que o julgador, mesmo não declarando, verifique a existência de dispositivo legal inconstitucional e faça a devida representação ao Secretário da Fazenda nos termos do art. 168, inciso I do RPAF-BA/99.

Ao tratar do mérito, a defesa assevera que o presente Auto de Infração efetua cobrança em duplicidade. Sustenta que, como na afirmação dos autuantes ocorrera saldo credor na Conta Caixa nos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, ou seja, houve contabilmente insuficiência de ingresso de numerários nesta conta, e no mesmo passo, os prepostos fiscais também dizem ter havido omissão de saídas de mercadorias nesses mesmos exercícios. Esclarece que como a omissão de saídas representa exatamente o ingresso de numerário no caixa, e como os autuantes estão exigindo o imposto com a presunção de que foram vendidas mercadorias sem nota fiscal, para que fosse mantida a coerência deveria constar nos demonstrativo a receita proveniente das omissões ingressando no seu caixa, o que resultaria na redução ou anulação do saldo credor.

Diz que o procedimento adotado, além de não ter sido atendido aos princípios e regras contábeis, lhe prejudicou sobremaneira, pois, é essencial que a receita proveniente destas omissões seja lançada como débito na conta no primeiro dia do exercício subsequente, a título de saldo inicial de caixa, como isto não fora providenciado no levantamento realizado pela fiscalização acarretou a cobrança de imposto em duplicidade.

Aponta também como falha grave no levantamento fiscal a não consideração do saldo inicial referente ao exercício de 1999, bem como o fato de o imposto devido ter sido apurado pelos autuantes em períodos anuais, a despeito do ICMS ser um imposto de apuração mensal.

Observa que o levantamento fiscal não considerou as datas efetivas dos fatos contábeis, vez que todas as aquisições de mercadorias foram tratadas como se tivessem sido pagas a vista, o que não corresponde à realidade. Enfatiza que esse procedimento equivocado provocou a antecipação de pagamentos em datas antecipadas fazendo surgir saldos credores inexistentes. Diz que o CONSEF é taxativo e pacífico em negar validade quando o preposto fiscal não comprova de forma irrefutável a correta base cálculo utilizada para cobrança do imposto, com o intuito de atestar o seu entendimento apresenta a transcrição de diversas ementas do CONSEF acerca deste tema, fls. 930 a 932.

Explica que é ineficaz o roteiro de auditoria levado a efeito pelos autuantes, ou seja, a auditoria da Conta Caixa, utilizando para compor esta conta a realização de débitos para os ingressos de numerários e de créditos para as saídas, a fim de se apurar o saldo da conta. Aduz que o refazimento da Conta Caixa, de forma isolada, somente é cabível quando não existem outras fontes de receita, o que não é o caso de sua empresa. Aponta como roteiro mais adequado a

análise das Disponibilidades e não apenas do Caixa como procederam os autuantes, pois, ao se examinar as disponibilidades são considerados não só recursos numerários, propriamente ditos, mas, também, saldos bancários, limites em contas bancária e empréstimos obtidos, isto é, são examinadas conjuntamente todas as origens de recursos. Acrescenta que, dessa forma, o resultado apurado pela fiscalização não retrata a realidade dos fatos, pelo que não é capaz de sustentar o presente lançamento do crédito tributário.

Depois de citar os princípios da inquisitorialidade, do contraditório e da ampla defesa, o autuado apresenta oito quesitos, fl. 934, para que sejam respondidos por meio de diligência com o objetivo de confirmar a ocorrência de determinados fatos e evidenciadas as consequências diretamente a eles relacionadas e proporcionar aos julgadores condições de formar juízo acerca da lide, cuja íntegra encontra-se reproduzida a seguir.

1. A consideração das compras como tendo sido a vista está presente no levantamento fiscal relacionado à infração?
2. Os autuantes apuraram o ICMS por períodos mensais ou anuais?
3. Pode se afirmar que, ao se considerar a vista, compras que se deram a prazo, acaba-se por induzir o aparecimento de saldo credor inexistente, face à antecipação de lançamentos a crédito da conta Caixa?
4. O saldo devedor de um período, numa auditoria da conta Caixa, deve ou não ser transportado para o período subsequente, a título de saldo inicial (devedor)?
5. Os recursos provenientes de vendas (omissão de saídas de mercadorias) representam ingressos de recursos na empresa, ou seja, induziram a lançamentos na conta Caixa, reforçando o saldo devedor da mesma? Os autuantes levaram esta regra contábil a efeito?
6. Para fins de se averiguar se uma empresa tem condição ou não de fazer frente às suas despesas e obrigações financeiras, a técnica mais apropriada é auditoria na conta Caixa ou a auditoria das disponibilidades? Porque ?
7. Há nos autos comprovação de que o autuado foi desclassificado da sua condição de contribuinte enquadrado no SimBahia?
8. É verdade que o próprio Auto de Infração, na sua página 01, no campo denominado “Tipo de Contribuinte”, indica que o sujeito passivo é EPP - Empresa de Pequeno Porte? Isto implica em estar cadastrado no SimBahia?

Em relação à multa aplicada o autuado refuta o percentual de 70%, por entender que nesse patamar caracteriza natureza de penalidade confiscatória. Ressalta que analisando o ordenamento jurídico como um todo sistemática e teleologicamente, percebe-se a existência de limitações para a fixação dos valores da multa fiscal em forma de princípios, os quais devem ser atendidos. Elenca os princípios da capacidade contributiva e o da não confiscatorialidade, ambos expressos no texto constitucional como sendo os delimitadores para a fixação de multas fiscais.

Discorre o autuado extensivamente e com minudência sobre o tema e para corroborar sua tese transcreve trechos da obra dos juristas Celso Antônio Bandeira de Melo, Hugo de Brito Machado, José Cretella Júnior e Sacha Calmon Navarro Coelho. Finaliza aduzindo que a imposição da penalidade à razão de 70% sobre o valor do imposto exigido é imprópria, pois configura confisco, o que é expressamente refutado pela Constituição Federal, arrematando assevera apesar de prevista na lei, é absurda, galgando estratosférico valor, sem relação alguma com a capacidade econômica de sua empresa.

Em sua conclusão o autuado reitera seu pedido de nulidade do Auto de Infração por cerceamento ao direito de defesa, pelo fato da informação fiscal não ter sido produzida com clareza, precisão e sem fundamentação fática e jurídica, e por não terem os autuantes abordados todos os tópicos alinhados na impugnação. Requer ainda, com base no parágrafo único do art. 155 do RPAF-BA/99, que o PAF seja julgado improcedente.

Os autuantes em sua informação fiscal, fl. 987, reafirmam integralmente o procedimento fiscal esclarecendo que o autuado não apresentara documentos nem demonstrativos que comprovassem a suficiência de Caixa nos exercícios fiscalizados, como pretendeu aduzir a defesa apresentada.

Submetido à pauta suplementar, os membros da 5ª JJF, deliberaram por baixar os autos em diligência, fl. 990, para que os autuantes e a repartição adotassem as seguintes providências:

- 1 - Excluir as compras realizadas em todos os exercícios fiscalizados que não foram quitadas dentro do mesmo exercício e incluir no exercício seguinte em que foram efetivamente pagas, conforme consta no corpo das notas fiscais;
- 2 - Elaborar demonstrativo discriminando os pagamentos de salários, honorários, aluguel, água telefone, como consta na auditoria de caixa e para todos os exercícios;
- 3 - Solicitar ao contribuinte comprovação da existência, ou não de disponibilidade existente 01/01/99;
- 4 - Após realização dos ajustes, elaborar novos levantamentos fiscais, observando o que se solicita no item seguinte;
- 5 - Como o art. 408-L do RICMS-BA/97, vigente até 31/10/00, não previa para apuração do imposto a adoção do regime normal, o que somente ocorrera em 01/11/00 com a Alteração nº 20 elaborar demonstrativo considerando para o cálculo do ajuste, tanto a receita declarada pelo sujeito passivo, quanto à receita omitida que foi apurada mediante a Auditoria de Caixa, observando o disposto no art. 387-A do RICMS-BA/97, e sejam indicados mês a mês para os anos de 1999 e 2000.

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, e as cópias das notas fiscais que constam às fls. nºs 12 a 177, 331 a 426, 500 a 543 e 686 a 777, 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 retornarem ao autuante para que produza nova informação fiscal.

Os autuantes depois de atenderem ao pedido de diligência apresentam suas conclusões à fl. 1000, onde informam que, refeito os demonstrativos referentes aos exercícios de 1999, 2000, 2001 e 2002, excluindo-se as notas fiscais que não foram quitadas nos respectivos exercícios e incluindo-os nos outros exercícios, fl. 1005 e 1006, resultaram nos seguintes débitos: exercício de 1999, R\$10.769,82, fl. 1001; exercício de 2000, R\$13.395,80, fl. 1002; exercício de 2001, R\$21.221,98, fl. 1003 e exercício de 2002, R\$37.491,15, fl. 1004.

Acrescentam ainda que o contribuinte só apresentou parte dos documentos referente às despesas no exercício de 1999, os quais foram devolvidos, e não contestou estes valores na defesa, até porque o autuado fora beneficiado, pois, somente fora consideradas as despesas de 2000, 2001 e 2002, já que somente foram computados os valores do ICMS e das contas de energia obtidos através de consulta no sistema INC da SEFAZ e no site da Coelba, em virtude do autuado não ter apresentado à fiscalização os documentos referentes a outras despesas. Dizem que o autuado ao entregar a DME - Demonstrativo de Movimento Econômico referente ao exercício de 1999, informou que não existia saldo na conta Caixa em 01/01/1999, cópia anexada à fl. nº 1007.

Citam o art. 408-P do RICMS-BA/97 para justificar o não atendimento do item 5 do pedido de diligência, asseverando que entendem que a cobrança do ICMS deve ser à alíquota de 17%, contudo, ressaltam que concederam os créditos do ICMS destacados nas notas fiscais não registradas e não apresentadas à fiscalização.

O autuado ao tomar ciência do resultado da diligência se pronunciou às fls. 1029 e 1031, ponderando o seguinte:

1. não recebeu a informação fiscal a cerca de sua impugnação, o que caracteriza cerceamento de defesa;
2. não recebeu cópia do pedido de diligência feito pela JJF, pelo que ficou impedido de saber se a Junta de Julgamento atendeu ao que fora por ele solicitado na impugnação, além do que não fora a diligência realizada por fiscal estranho ao feito, não havendo assim a imparcialidade requerida;

3. os documentos relativos a diligência fiscal por ele recebidos não estão numerados impedindo de se certificar de ter efetivamente recebido os documentos ditos como entregues no texto da intimação recebida;
4. apesar de terem considerados os créditos fiscais destacados nas notas fiscais das aquisições não declaradas, não concederam o crédito fiscal presumido de 8% sobre o total das aquisições das mercadorias declaradas para apuração da base de cálculo do valor devido, ferindo frontalmente a legislação aplicável;
5. apesar dos autuantes informarem que concederam nos seus cálculos conforme “relação anexa”, esta não lhe fora entregue;
6. destaca que os autuantes não se manifestaram em relação a vários argumentos por ele carreados aos autos.

O autuante às fls. 1035 e 1036, depois de analisar a “Manifestação do Sujeito Passivo”, fl. 1030 e 1031, e as demais peças que se originaram do contraditório instalado nos presentes autos, precipuamente no Aviso de Recebimento (AR), assinado em 02/06/2005, fl. 1014, por preposto autorizado pelo contribuinte, onde se comprova os recebimentos dos documentos fls. 12 a 177, 331 a 426, 500 a 543, 686 a 777 e 1000 a 1003, consoante determinação do CONSEF, informa o seguinte:

1. não é verídica a declaração do autuado de que não recebera a informação fiscal, vez que lhe fora fornecida cópia consoante comprovação expressa através das cópias do AR e do Recibo na Intimação, fl. 1014 e 1015. Ressalta que o autuado recebera cópia de toda a documentação apensada ao Processo Administrativo Fiscal;
2. não procedem as alegações do autuado, tendo em vista não ter sido contestada a acusação fiscal com documentos ou demonstrativos;
3. todas as notas fiscais constantes do processo estão relacionadas em planilhas, cujas cópias das notas fiscais foram todas fornecidas, conforme fartamente comprovado nos documentos, fls. 1014 e 1015;
4. assevera que a peça defensiva e a manifestação do autuado têm efeito meramente protelatório, haja vista que o sócio principal do autuado Sr. Jorge Humberto Souza Villas Boas esteve pessoalmente na Inspetoria Fazendária, por ocasião da anistia, e como é sócio de diversas outras empresas que também têm débitos fiscais com o Estado, no entanto, optou por pagar o débito das demais empresas e declarou ao Sr. Inspetor que faria todo o esforço possível para quitar também o valor referente ao presente PAF;

Concluem os autuantes requerendo a procedência parcial do Auto de Infração na forma apurada em sua informação fiscal na qual o débito total, depois dos ajustes passou para R\$82.878,75, discriminado da seguinte forma: exercício de 1999, R\$10.769,82, fl. 1001; exercício de 2000, R\$13.395,80, fl. 1002; exercício de 2001, R\$21.221,98, fl. 1003 e exercício de 2002, R\$37.491,15, fl. 1004.

Os membros da 4ª JF, por unanimidade, decidiram converter os autos em diligência à ASTEC para que o autuado fosse intimado para informar a existência, ou não de disponibilidades em 01/01/99, bem como apresentar a documentação necessária à apuração do imposto devido no período de janeiro de 1999 a novembro de 2000, fl.1040.

Intimado pelo diligente da ASTEC para cumprimento da diligência, em 09/11/07, fl. 1053, em 12/12/07, fl. 1054, e em 17/01/08, fl. 1055, o autuado não apresentou documento algum, não sendo, por isso, cumprida a diligência conforme consta no teor do Parecer ASTEC nº 13/08, fls. 1051 e 1052.

No transcurso do período em que os autos encontravam-se em diligência na ASTEC, o autuado manifestou-se em duas ocasiões, a pretexto de atender as supra referidas intimações: em 10/12/07, fls. 1043 e 1044, e em 22/12/07, fls. 1047 a 1049. Em ambas as manifestações, apenas reiterou suas alegações já apresentadas anteriormente e não atendeu à solicitação para fornecimento dos elementos necessários para o cumprimento da diligência.

Conforme se verifica às fls. 1057, 1061, 1063 e 1065, o autuado fora reiteradamente intimado, inclusive por via editalícia, para tomar ciência do resultado da diligência e não se manifestou.

VOTO

A defesa suscitou preliminar de nulidade do procedimento, com fundamento no cerceamento ao seu direito de defesa provocado pelo fato da acusação fiscal - omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta Caixa - não existir na legislação tributária estadual como fato gerador do ICMS, bem como a falta de explicação acerca do nexo causal entre omissão de saídas de mercadorias tributáveis e saldo credor na conta Caixa dificultaram a sua compreensão e prejudicaram a elaboração de sua defesa. Suscitou também como motivação para nulidade a falta de pressuposto básico para o cálculo do imposto devido pelo regime normal como fizeram os autuantes, em lugar da aplicação do regime simplificado SimBahia no qual se encontrava enquadrado no período fiscalizado. Não acolho as preliminares de nulidades suscitadas alinhadas na defesa pelos motivos a seguir enunciados.

A omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor na conta Caixa, ao contrário do que afirmou o autuado, se constitui fato gerador de ICMS, na qualidade de presunção legal de omissão de receitas prevista expressamente no § 4º do art. 4º da 7.014/96. Portanto, não há que se falar em inexistência de fato gerador definido em lei para a constatação de saldo credor de caixa. Quanto à suposta falta de previsão legal para a apuração do imposto pelo regime legal, equivoca-se o autuado, tendo em vista que, constatado o cometimento de falta grave, como é o caso da omissão de saídas apuradas através de saldo credor de caixa, o art. 408-P do RICMS-BA/97 expressamente determina a apuração pelo regime normal, perdendo o contribuinte enquadrado no SimBahia o benefício do regime simplificado de apuração do imposto. Em suma, restou evidenciado que inexistem as condições alegadas de falta de embasamento legal nos procedimentos adotados pela fiscalização.

No tocante a quesitação apresentada na impugnação deixo de acolher a sua perquirição por meio da diligência específica por entender que os pontos nela abordados já foram esclarecidos no transcurso do PAF ou já nele se encontram consignados, os quais sintetizo a seguir: 1) - as compras a prazo foram consideradas pelo autuante em suas respectivas datas de pagamento ao atender a diligência determinada pela 5ª JJF fl. 1000 a 1006; 2) - a apuração foi realizada em períodos anuais, consoante previsão constante no art. 39 do RPAF-BA/99 e em nada prejudicando ao autuado e; 3) - prejudicada com a correção realizada na diligência realizada pelos autuantes; 4) - havendo saldo devedor em um período este deve ser transferido para o seguinte, entretanto, no presente caso, não ocorrera saldo devedor em nenhum dos exercícios apurados; 5) - os recursos provenientes das vendas decorrentes das omissões de saídas de mercadorias apuradas não gerariam saldo devedor, pois, somente anulariam o saldo credor apurado; 6) - não há distinção entre os resultados do roteiro de auditoria na Conta Caixa, e nas Disponibilidades, desde que sejam consideradas a totalidade das movimentações independentes da origem; 7) - não restou dúvida alguma nos autos de que o contribuinte encontrava-se enquadrado no período fiscalizado como empresas do pequeno porte do SimBahia. Ultrapassadas as questões preliminares, passo a analisar a questão de mérito.

No mérito o Auto de Infração em demanda exige o ICMS, nos exercícios fiscalizados de 1999 a 2000, em decorrente da existência da omissão de saída de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa na conta Caixa.

Quanto à alegação de que na apuração do imposto devido os autuantes não concederam o crédito fiscal de 8% em relação às vendas declaradas, pois, só foram considerados os créditos destacados nas notas fiscais não declaradas, verifico que está correto o procedimento adotado no levantamento fiscal, vez que os créditos fiscais atinentes às notas fiscais declaradas já foram absorvidos na apuração do imposto devido efetuada pelo próprio contribuinte na sua condição de empresa de pequeno porte do SimBahia. Ao contrário dos créditos fiscais destacados nas notas

fiscais não declaradas que os autuantes consideraram, em vez do crédito presumido de 8% cujo total é inferior, acorde disposição contida no art. 408-S, § 2º do RICMS-BA/97.

No que se refere à alegação de inadequação do roteiro adotado pela fiscalização para apurar os saldos credores de auditoria na Conta Caixa, por ser incompleto, apontado pela defesa, que sugere como sendo a análise das Disponibilidades o procedimento mais abrangente por considerar todas as origens de recursos, concordo inteiramente com o argumento defensivo, e esclareço que, apesar do título equivocado, foi exatamente este o roteiro utilizado pela fiscalização ao adotar as receitas de vendas declaradas como sendo a fonte principal de uma empresa comercial, como é o caso do estabelecimento autuado. Caberia ao autuado apresentar, e não fizera, em nenhuma de suas manifestações no contraditório instalado, a comprovação documental de outras fontes de recursos que não os originários de seu objetivo social. Preferiu a defesa concentrar sua estratégia em meras alegações. Assim, considero adequado o procedimento fiscal que resultou nas omissões de saídas apuradas no presente Auto de Infração.

Em relação à falta do saldo inicial na apuração relativa ao exercício de 1999, apesar da contestação defensiva considerando uma falha grave, do mesmo modo, a informação que é gerada pela própria empresa não foi apresentada pelo autuado em ocasião alguma no transcurso do PAF, nem mesmo consta demonstrativo elaborado pela defesa em seu anexo II, fl. 980, quando apresentou seu “Demonstrativo de Apuração do ICMS”. atendendo às regras inerentes à contabilidade. Portanto, apesar de necessário ao levantamento, a existência de saldo inicial e o seu valor devem ser comprovadamente informados pelo contribuinte, e na sua ausência, procederam corretamente os autuantes ao considerar o saldo inicial zero para o exercício de 1999.

No que pertine à alegação de que a receita proveniente das omissões apuradas deveria ser lançada no débito da conta Caixa no início do período seguinte sob pena de cobrança do imposto em duplicidade, discordo inteiramente da pretensão do autuado, vez que caso fosse considerado o valor das omissões apuradas através do saldo credor da Conta Caixa, não geraria saldo devedor algum, pois, apenas anularia o saldo credor.

Como se verifica às fl. 1014, não procede a alegação do autuante de que não recebera todos documentos suporte da autuação, eis que preposto do autuado assinou declaração expressa de ter recebido a documentação questionada. No tocante ao não recebimento do pedido de diligência e a ausência de numeração nos documentos produzidos em sua conclusão e elaborados pelos autuantes, entendo que ao contrário do que afirma o autuado entendo que em nada influiu estes dois supostos óbices apontado pela defesa, vez que, o teor do pedido de diligência consta no relatório de conclusão da diligência, fl. 1000, bem como a falta de numeração reclamada não causou incompreensão alguma nas informações nelas contidas, por não se tratar cálculos seqüenciados com parcelas em páginas distintas. Portanto, não vislumbro dificuldade alguma na assimilação dos demonstrativos apresentados na conclusão da diligência, fls. 1004 a 1006, que implicasse em cerceamento de defesa.

Do mesmo modo, o fato dos autuantes terem apurados os saldos em credores ao final de cada exercício fiscalizado, e não mensalmente, coincidentemente com a periodicidade de apuração do ICMS, constato que, além de não ter implicado em gravame algum para o autuado, como argumentou a defesa, o procedimento tem guarida no art. 39 § 2º do RPAF-BA/99.

Com relação à alegação de que no período de janeiro de 1999 até a outubro de 2000, a apuração do imposto devido deveria ser efetuada considerando a condição de empresa de pequeno porte do SimBahia do autuado, apesar de não terem sido elaborados pelos autuantes os demonstrativos, conforme solicitação da diligência, fl. 980, foi reiterado o pedido através de diligente da ASTEC, que também deixou de ser atendido, pela falta de apresentação, por parte do autuado, da documentação suporte para elaboração do demonstrativo de débito pertinente, fls. 1051 e 1052.

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 Empresa de Pequeno Porte, relativo a fatos geradores dos exercícios de 1999 a 2002. Eis que, ficou mantida a apuração pelo regime normal, tendo em vista que as diligências realizadas foram somente parcialmente cumpridas, fls. 1000 a 1013, já que, ante a não apresentação da imprescindível documentação pelo autuado, foi possível corrigir apenas a inconsistência relativa às efetivas datas dos pagamentos das aquisições de mercadorias.

Mesmo a repartição fazendária intimando reiteradamente o autuado na forma legalmente prevista, inclusive por via editalícia, fls. 1014, para tomar ciência da conclusão da última diligência ele não se manifestou, fls. 1030 e 1031.

Ao simplesmente contestar a acusação fiscal, sem carrear aos autos os meios de prova ao seu alcance, o autuado não atendeu ao disposto no § 5º do art. 123, do RPAF-BA/99, para o qual a impugnação é o meio apropriado para apresentação das razões defensivas, sob pena de, em não assim agindo, serem consideradas verídicas as acusações feitas. Saliento ainda 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.

Por tudo o quanto acima explicitado, considero caracterizada a infração, 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.”*

Depois de examinar e constatar que estão corretos os ajustes e correções efetuados pelo autuante, acolho os cálculos da diligência, apurados na revisão fiscal, conforme explicitados nos demonstrativos colacionado às fls. 1001 a 1006.

Desta forma, considero parcialmente subsistente a imputação, sendo que o débito originalmente lançado foi reduzido de R\$91.521,19 para R\$82.878,75, conforme demonstrativo a seguir:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO						
INFR.	DATA OCORR.	DATA VENCIM.	B. DE CÁLCULO	ALÍQ.	VALOR DEVIDO	MULTA
1	31/12/99	09/01/00	63.487,18	17,0%	10.769,82	70,0%
1	31/12/00	09/01/01	78798,82	17,0%	13.395,80	70,0%
1	31/12/01	09/01/02	124.835,18	17,0%	21.221,98	70,0%
1	31/12/02	09/01/03	220.536,18	17,0%	37.491,15	70,0%
TOTAL					82.878,75	

Em que pese os argumentos expendidos pela defesa, ressalto legalidade da multa aplicada, tendo em vista que é prevista no art. 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, quanto à alegação da inconstitucionalidade e do poder confiscatório da multa aplicada, e conforme disposto no art. 167, inciso I do RPAF-BA/99, não figura na competência deste órgão julgador, declarar a legalidade ou inconstitucionalidade do direito posto, devendo, portanto, ser mantida.

Diante do exposto, tendo em vista que restou comprovado o cometimento parcial da infração após o ajuste nas datas notas fiscais de aquisições efetuado pelo autuantes no levantamento fiscal, bem como constatada a correta aplicação da multa de 70%, prevista que se encontra no art. 42, inciso III da Lei nº 7.014/96, 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 110123.0025/03-0, lavrado contra **DISTRIBUIDORA J G COMÉRCIO DE PERFUMARIA E COSMÉTICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$82.878,75**, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, inciso III da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANÁSIO DE SANTANA – JULGADOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO - JULGADOR