

A.I. N° - 206898.0176/08-5
AUTUADO - JOSÉ ILOSMAR MACÊDO SARAIVA
AUTUANTES - LAURO DOS SANTOS NUNES
ORIGEM - INFRAZ IRECÊ
INTERNET - 03.11.2008

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0273-02/08

EMENTA: ICMS. 1. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS E SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. ENTRADAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. **a)** OMISSÃO DE ENTRADAS. A constatação de diferenças de entradas omitidas maiores que a de saídas através de auditoria de estoques, impõe a exigência do imposto sobre o valor das entradas não declaradas, com base na presunção legal de que o sujeito passivo ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Metodologia de cálculo com base no regime normal. Dada a condição do estabelecimento no SIMBAHIA, o autuante abateu, na apuração do débito, do crédito fiscal estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto n° 6.284/97 alterado pelo Decreto n° 8.413/02. **b)** OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. A diferença das quantidades de saídas de mercadorias, apurada mediante levantamento quantitativo de estoques, constitui comprovação suficiente da realização de operações sem emissão da documentação fiscal exigível. Dada a condição do estabelecimento no SIMBAHIA, o autuante abateu, na apuração do débito, do crédito fiscal estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto n° 6.284/97 alterado pelo Decreto n° 8.413/02. 2. SIMBAHIA. MICROEMPRESA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. 4. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração caracterizada. Não acolhidas as alegações de nulidades. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 11/02/2008, para constituição do crédito tributário relativo ao ICMS no valor histórico de R\$59.610,92, decorrente das seguintes irregularidades:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$11.512,53, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas

com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2004).

2. Falta de recolhimento do imposto, no valor de R\$27.892,80, relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, sem respectiva lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2005.
3. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, no valor de R\$580,00, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).
4. Falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, no valor de R\$10.863,23, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA);
5. Recolheu a menos o ICMS no prazo regulamentar, no valor de R\$8.302,36, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), no valor de R\$4.334,51;
6. Multa no valor de R\$460,00 pela não escrituração do livro Caixa por na condição Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior R\$30.000,00.

O autuado, fls. 251 a 256, impugnou o lançamento tributário, em relação a infração 01 diz que a mente do fiscal “é fértil e imaginaria!”. Aduz que o autuante esqueceu que o autuado é microempresa e que somando todas as compras não ultrapassa o limite de enquadramento e que todas as mercadorias foram compradas dentro do Estado, com o ICMS pago por antecipação tributária, conforme cópia da notas fiscais. Pede que o fiscal mostre ao menos uma nota fiscal que não seja de gado, que não foi comprada dentro do Estado da Bahia, motivo pelo qual não entende qual a razão desta cobra de imposto.

Quanto a infração 02, frisa que toda a mercadoria comprada pelo autuado é dentro do Estado da Bahia, e que o restante é vaca e boi para corte, que já vem com o imposto pago conforme notas fiscais acostadas aos autos.

No tocante a infração 03, diz que “o auditor fiscal ou não entende de legislação ou esta ficando maluco, pois faz levantamento de estoque indevido, faz omissão de saída e entrada cobrando todos estes impostos, e cobra valores diferentes de microempresa”.

Relativamente a infração 04, diz ser um caso raro, pois o na infração 03 é exigido o ICMS dos meses de 08, 09 e 10 na condição de microempresa. Nesta infração 04, o mesmo exige o ICMS dos meses 11 e 12 de 2004 com empresa de pequeno porte, quando diz saber que para uma empresa mudar de porte de um ano para outro, é preciso informar DME, o que ocorre somente no ano seguinte. Reitera que as mercadorias são adquiridas entro do estado, exceto a carne bovina.

No que tange a infração 05, argumenta que analisando as infrações 04 e 05 fica clara a incoerência das duas infrações, sendo tão grande que o mesmo não segue a lógica cronológica das coisas. A infração 04 começa com o pequeno porte de 11/2004 até 05/2006. Já na infração 05, retorna para 2005, cobrando diferença de pequeno porte.

No que concerne a infração 06, diz ser extraordinário que depois de tantos absurdos o fiscal aplica uma penalidade da não escrituração do livro Caixa, acrescentando que requereu baixa da inscrição estadual em 2005, a qual foi indeferida, ficando paralisada por mais de um ano.

Prosseguindo, alega que o Auto de Infração não contém narração analítica e detalhada dos fatos que pudessem caracterizar individualmente a infração, cerceando seu direito de defesa. Citando Hugo de Brito Machado para embasar sua alegação.

Informa que acosta aos autos cópia do ICMS pagos nos meses de 07, 08, 09 e 10 de 2005, assim como das compras de gado com os respectivos DAE's pagos.

Avoca o princípio da legalidade e Constituição Federal, art. 150 e requer a realização de diligência. Ao finalizar, requer a improcedência do Auto de Infração.

O autuante ao prestar a informação fiscal, às fls. 428 a 430, contestou a defesa destacando que a mesma se limita a tecer comentários de modo geral, apresentando fatos inverídicos, sem anexar qualquer documento ou demonstrativo a título de prova, a não ser cópia de documentos que foram anexados aleatoriamente aos autos.

Ressalta que o Auto de Infração foi elaborado estritamente dentro dos preceitos legais, na forma do artigo 28 do RPAF em vigor.

Em relação a infração 01, salienta que se trata de levantamento quantitativo de "Gado Bovino", adquiridos em outras unidades da Federação, conforme demonstrativos às folhas 71 a 73 e documentos às folhas 112 a 248 dos autos. Assevera que os argumentos da defesa não condizem com a realidade os fatos, quando alega trata-se de microempresa e que toda a mercadoria foi adquirida dentro do Estado, sendo que o imposto já é pago antecipadamente e desafia que mostre uma nota fiscal, exceto Gado, que não foi comprado dentro do Estado da Bahia, uma vez que verificou na relação do CFAMT que muitas notas fiscais de mercadorias adquiridas de outros Estados, bem como DARES, apresentado pelo próprio contribuinte, fls. 104 a 110 e 390 a 398. Esclarece que só foi possível fazer levantamento de estoque de gado, desde quando as demais mercadorias não foram inventariadas, de acordo com documentos às folhas 192 a 205. Os DARES de pagamentos na compra de GADO apresentados, tratam do imposto pago ao estado de origem, portanto não tem nada a ver com o imposto devido ao Estado da Bahia, conforme documentos às folhas 298 a 398.

Quanto a infração 02, frisa que se trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de levantamento quantitativo de estoques, conforme demonstrativo às folhas 74 a 77. Destaca que, mais uma vez, o autuado em sua defesa não apresenta qualquer levantamento ou demonstrativo que venha por em dúvida o levantamento fiscal. Esclarece que concedeu o crédito de 8%, uma vez que a empresa iniciou suas atividades em 02/06/2004, como microempresa, em 01/04/2005 foi enquadrada com Empresa de Pequeno Porte, doc. 91.

No tocante a infração 03, diz que registrados os valores na planilha para cálculo do ICMS, ficou evidente que o contribuinte deixou de recolher o ICMS como Microempresa, nos meses de julho, agosto e setembro de 2004. Assevera que, se houve absurdos, não foi de sua parte e sim do contribuinte, com insinuações sem qualquer amparo legal.

Relativamente a infração 04, ressalta que mais uma vez os argumentos defensivos não tem qualquer amparo legal desde quando deixou de recolher o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte, no valor de R\$10.863,23, conforme documentos nº 79 e 80, tendo apresentado DME de 2005 sem movimento, documentos 94 e 95. No exercício de 2004 as compras foram no total de R\$389.001,17, e no exercício de 2005 foram de R\$637.105,55, documentos 44 a 58.

No que tange a infração 05, destaca que a defesa apresenta argumentos vagos sem nenhuma credibilidade, sem apresentar elementos que possam provar qualquer erro no levantamento fiscal.

No que concerne a infração 06, assevera que o autuado não apresentou o livro "Caixa" devidamente escriturado nos exercícios de 2004 e 2005, sendo aplicada penalidade prevista na legislação.

Ao finalizar, opina pela manutenção do Auto de Infração.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS decorrente de 06 (seis) infrações.

Em relação a argüição de constitucionalidade, 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, tendo em vista que não houve violação do direito de ampla defesa do autuado, os fatos narrados no Auto de Infração são satisfatórios, uma vez que o mesmo foi lavrado mediante Sistema Informatizado da Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, onde a redação das infrações foram previamente definidas pela Secretaria. Ademais, conforme termo de recibo acostado à folha 08 dos autos, o autuante entregou ao autuado todos os levantamentos, planilhas e cópia das notas fiscais que embasaram as infrações.

Na infração 01 é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, constatado pela apuração de diferença tanto de entrada como de saída de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entrada - com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, no mesmo exercício (2004).

Como bem salientou o autuado na informação fiscal, a infração 01 foi apurada mediante levantamento quantitativo de “Gado Bovino”, adquiridos em outras unidades da Federação, conforme demonstrativos às folhas 71 a 73 e documentos às folhas 112 a 248 dos autos.

Ressalto que o autuante esclareceu que só foi possível fazer levantamento de estoque de gado, desde quando a demais mercadorias não foram inventariadas, de acordo com documentos às folhas 192 a 205.

A alegação defensiva de que suas compras, exceto o gado, são realizadas dentro do Estado, já vindo com o ICMS retido por substituição, foi des caracterizada quando confrontada com as cópias das notas fiscais acostadas aos autos, demonstrando que diversas mercadorias foram adquiridas fora do Estado da Bahia.

Também não pode ser acolhido o argumento defensivo de que o autuante não considerou que o sujeito passivo, na época dos fatos geradores, estava enquadrado do SimBahia, uma vez que de acordo com o art. 19, da Lei nº 7.357/98, quando uma empresa optante pelo regime do SimBahia praticar infração tipificada no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, o imposto deverá ser exigido com base no regime normal de apuração, sendo concedidos os créditos fiscais a que o contribuinte fizer jus.

Em relação aos DARES de pagamentos na compra de gado apresentados, tratam do imposto pago ao estado de origem, portanto não tem nenhuma relação com o imposto devido ao Estado da Bahia, conforme documentos às folhas 298 a 398.

Destaco, mais uma vez, que o autuado recebeu cópia dos levantamentos fiscais, o que possibilitou o exercício do direito de defesa, entretanto, não apontou nenhum erro nos números constante dos referidos levantamentos, nem em relação as quantidades, tampouco em relação aos valores e também em relação as notas fiscais.

Na infração 02 é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado de 2005.

Em sua defesa, o autuado reitera a alegação em relação a infração 01, de que toda a mercadoria comprada pelo autuado é no Estado da Bahia, e o restante é vaca e boi para corte, já vem com o imposto pago conforme notas fiscais acostadas aos autos.

Na informação fiscal frisa que a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de levantamento quantitativo de estoques, conforme demonstrativo às folhas 74 a 77. Destaca que, mais uma vez, o autuado em sua defesa não apresenta qualquer levantamento ou demonstrativo que venha por em dúvida o levantamento fiscal. Esclarece que concedeu o crédito de 8%, uma vez que a empresa iniciou suas atividades em 02/06/2004, como microempresa, em 01/04/2005 foi enquadrada com empresa de Pequeno Porte.

Reitero que o art. 19, da Lei nº 7.357/98, determina que quando uma empresa optante pelo regime do Simbahia praticar infração tipificada no art. 42, III, da Lei nº 7014/96, o imposto deverá ser exigido com base no regime normal de apuração, sendo concedidos os créditos fiscais a que o contribuinte fizer jus.

Quanto a alegação de que todas as compras realizadas pelo contribuinte são dentro do Estado da Bahia, tal argumento já foi analisado, não sendo o mesmo capaz de elidir a infração, uma vez as notas fiscais acostadas aos autos comprovam que diversas mercadorias foram adquiridas fora do estado.

Na infração 03 é imputado ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Apesar de ter recebido os demonstrativos, o contribuinte não apresentou nenhum documento para comprovar que o ICMS já havia sido recolhido e nem aponta nenhum erro no levantamento.

Devo ressaltar que o artigo 123, do RPAF/99, assegura ao sujeito passivo o direito de fazer a impugnação do Auto de Infração, devendo a defesa ser acompanhada das provas que o contribuinte tiver, inclusive, levantamentos e documentos referentes às suas alegações, haja vista que a simples negativa de cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de veracidade da autuação fiscal, conforme previsto no art. 143, do mesmo regulamento.

Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Na infração 04 é imputado ao sujeito passivo falta de recolhimento do ICMS, nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Em sua defesa o autuado diz ser um caso raro, pois na infração 03 é exigido o ICMS dos meses de 08, 09 e 10 na condição de microempresa. Nesta infração 04, o mesmo exige o ICMS dos meses 11 e 12 de 2004 com empresa de pequeno porte, quando diz saber que para uma empresa mudar de porte de um ano para outro, é preciso informar DME, o que ocorre somente no ano seguinte.

Na informação fiscal o autuante ressalta que mais uma vez os argumentos defensivos não têm qualquer amparo legal desde quando deixou de recolher o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte, no valor de R\$10.863,23, conforme documentos nº 79 e 80, tendo apresentado DME de 2005 sem movimento, documentos 94 e 95. No exercício de 2004 as compras foram no total de R\$389.001,17, e no exercício de 2005 foram de R\$637.105,55, documentos 44 a 58.

Os levantamentos acostados aos autos, como ressaltou o autuante, demonstram os valores devido pelo sujeito passivo, considerando as faixas de enquadramento em função da receita bruta do autuado.

Logo, entendo que a infração restou caracterizada.

Na infração 05 é imputado ao sujeito passivo o recolhimento a menos o ICMS no prazo regulamentar, no na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA).

Na impugnação o sujeito passivo alega que analisando as infrações 04 e 05 fica clara a incoerência das duas infrações, sendo tão grande que o mesmo não segue a lógica cronológica das coisas. A infração 04 começa com o pequeno porte de 11/2004 até 05/2006. Já na infração 05, retorna para 2005, cobrando diferença de pequeno porte.

Esclareço que as infrações não são lançadas do Auto de Infração em ordem cronológica. A ordem cronológica se aplica aos fatos geradores da mesma infração, quando a legislação aplicada não tenha sofrido modificação no período.

Assim, como o autuado não apresentou nenhum documento para comprovar o recolhido do imposto reclamado e nem apontou nenhum erros nos números constantes dos levantamentos, entendo que a infração em tela restou caracterizada.

Na infração 06 é imputado ao sujeito passivo a não escrituração do livro Caixa por na condição Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior R\$30.000,00, sendo aplicada multa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Em sua defesa o contribuinte diz ser extraordinário que depois de tantos absurdos o fiscal aplique uma penalidade da não escrituração do livro Caixa, acrescentando que requereu baixa da inscrição estadual em 2005, a qual foi indeferida, ficando paralisada por mais de um ano.

Na informação fiscal o autuante ressalta que o contribuinte não apresentou o livro “Caixa” devidamente escriturado nos exercícios de 2004 e 2005, sendo aplicada a multa prevista na legislação.

Entendo que o argumento defensivo não é capaz de elidir a autuação, uma vez que a falta de escrituração ocorreu em período anterior ao pedido de baixa citado pela defesa.

Assim, entendo que a infração restou caracterizada.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206898.0176/08-5, lavrado contra **JOSÉ ILOSMAR MACÊDO SARAIVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$59.150,92**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$19.745,59 e de 70% sobre R\$39.405,33 previstas no art. 42, I, “b” item “3” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no inciso XV, “i” do mesmo artigo e lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR