

PROCESSO - A I N.º 232854.0042/06-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - FRANKSON DE S. VELOSO (EQUIPAN)
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2^a JJF nº 0020-02/09
ORIGEM - INFRAZ FEIRA DE SANTANA
INTERNET - 15/05/2009

2^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0095-12/09

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Demonstrada a existência de saldos credores de Caixa, situação em que a lei autoriza a presunção de que os valores apurados decorrem de operações tributáveis não contabilizadas. Refeito o lançamento, primeiro, para exclusão de valores considerados indevidamente no levantamento fiscal, e segundo, para adequação do lançamento à legislação aplicável às empresas enquadradas no regime do SimBahia. O ICMS é um tributo não-cumulativo. O art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, manda que se abata do imposto apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, em se tratando de contribuinte do SimBahia. Reduzido o débito. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO 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. Refeito o demonstrativo do débito, para adequação do lançamento à legislação aplicável às empresas enquadradas no regime do SimBahia, abatendo-se dos valores lançados o crédito presumido de 8%, como manda o art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02. Mantida a Decisão de Primeira Instância. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício apresentado, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, em face da R. Decisão proferida pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF nº 0020-02/09, que julgou procedente em parte o Auto de Infração em epígrafe.

O lançamento de ofício indica a ocorrência das seguintes infrações:

1. “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa*” [sic], no exercício de 2001, sendo lançado ICMS no valor de R\$ 5.986,27, com multa de 70%;

2. “*Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas*” [sic], nos exercícios de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, sendo lançado ICMS no valor de R\$154.914,13, com multa de 70%.

O autuado apresentou defesa, explicando que o seu ramo de atividades é o comércio varejista de equipamentos para panificadoras, sendo optante pelo regime do SimBahia, na condição de microempresa. Suscitou, como preliminar a nulidade dos lançamentos, a ausência da descrição dos fatos, alegando que isso lhe causou cerceamento de defesa, uma vez que a descrição que consta no Auto não contém elementos suficientes para se identificar, com a clareza necessária, o que gerou as supostas diferenças acusadas. Reclamou que, a despeito do rigor com que o RPAF tratou de elencar os elementos do Auto de Infração, o fiscal se limitou a repetir o texto dos incisos I e IV, do § 3º, do art. 2º, do RICMS, em vez de descrever os fatos que implicariam uma obrigação tributária. Sustentou que não basta o fiscal repetir as palavras do texto legal, pois se tornam necessárias a descrição e a demonstração dos fatos.

Quanto ao mérito, alegou que o Auto é improcedente, pois se trata de contribuinte optante pelo SimBahia, cujo regime é diferenciado, caracterizando-se pela redução da carga tributária. Observou que, no caso de microempresa, os optantes pelo regime de tributação simplificada do SimBahia pagam o imposto através do boleto de conta de energia elétrica. Protestou que deveria o autuante abater o imposto referente às entradas de mercadorias, em atenção ao princípio da não-cumulatividade.

Reclamou, ainda, que o fiscal incluiu indevidamente valores anteriores ao início das atividades do estabelecimento, anterior até mesmo à constituição da empresa.

Alegou que foram incluídos indevidamente na base de cálculo do ICMS valores pagos a título de aluguel. Aduziu que despesas com aluguel jamais poderiam ensejar a cobrança de ICMS, de modo que tal cobrança constitui claro ato de confisco e locupletamento ilícito por parte do Estado.

Também alegou que foram incluídas indevidamente no levantamento Notas Fiscais referentes a mercadorias estranhas à sua atividade empresarial, a exemplo das relativas ao período de janeiro a março de 2005, emitidas pela Semp Toshiba, empresa de ramo completamente diverso daquele em que atua o autuado.

Pediu que se declarasse nulo o Auto de Infração, ou que, sendo ultrapassada a preliminar, que o Auto de Infração fosse julgado improcedente, ou procedente em parte, com exclusão das parcelas indevidamente incluídas no levantamento fiscal.

Em sede de informação fiscal, o autuante comentou, inicialmente, que o primeiro lançamento se refere a “*omissão de saídas de mercadorias, apurada através do saldo credor de caixa*”, e o segundo a “*notas fiscais colhidas pelo CFAMT sem o devido registro na escrita fiscal*”. Considerou que o contribuinte deve muito mais imposto do que o que foi lançado, pois o trabalho de capturação de vias de documentos fiscais realizado nos postos fiscais corresponde apenas a uma parcela do total de operações efetivamente realizadas pelos contribuintes.

Quanto às alegações da defesa acerca da sistemática de pagamento do imposto através do regime do SimBahia, o fiscal contrapôs o argumento de que o contribuinte optante por esse regime simplificado, mesmo tendo pago regularmente o imposto, mensalmente, não está isento para cometer irregularidades fiscais, como a omissão de algumas centenas de operações comerciais, que de fato ocorreram.

No que concerne ao saldo credor de caixa, o fiscal disse que os lançamentos foram feitos com base na documentação apresentada, tendo respaldo no art. 936 do RICMS. Aduziu que a alíquota de 17% é a determinada no art. 50 “*da mesma lei*”, e a penalidade está fundamentada no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96.

Concluiu dizendo que ratificava a ação fiscal, e opinou pela manutenção dos lançamentos.

O processo foi julgado em primeira instância pela 2^a Junta de Julgamento Fiscal, através do Acórdão JJF 0425-02/06, que assim decidiu:

- a) o item 1º foi julgado procedente em parte, excluindo-se valores considerados indevidamente no levantamento fiscal e adequando-se o lançamento à legislação aplicável às empresas enquadradas no regime do SimBahia, com o abatimento do crédito presumido de 8%;
- b) o item 2º também foi julgado procedente em parte, para adequação do lançamento à legislação aplicável às empresas enquadradas no regime do SimBahia, abatendo-se dos valores lançados o crédito presumido de 8%.

A 1^a Câmara de Julgamento Fiscal, através do Acórdão CJF 0312-11/07, deu provimento ao Recurso Voluntário do sujeito passivo, anulando a Decisão de primeira instância, e determinou que os autos retornassem a esta Junta para novo julgamento.

Foi determinada a remessa dos autos à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, em diligência, para que fossem excluídas as parcelas de períodos anteriores a junho de 2001, a menos que houvesse elementos que provassem que a empresa já estava, antes, em efetivo funcionamento. Na mesma diligência foi determinado que, nos períodos em que o autuado se encontrasse inscrito no sistema SimBahia, fosse abatido o crédito presumido de 8%, como prevê o art. 19, da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

O auditor designado para cumprir a diligência, após assinalar que a inscrição estadual do autuado foi deferida no dia 29/5/01, informou que a Declaração de Firma Individual do autuado foi registrada na JUCEB no dia 11/5/01. Observou que as seis primeiras notas fiscais de entrada foram emitidas entre os dias 24/5/01 e 31/5/01, nada indicando naqueles documentos que as mercadorias tivessem entrado no estabelecimento do autuado no mês de maio de 2001, pois, ao contrário, em algum deles há carimbos de postos fiscais com a data de junho. Aduziu que a primeira nota de venda (saída de mercadoria) foi emitida no dia 11/6/01. Elaborou demonstrativo excluindo as parcelas de períodos anteriores a junho de 2001, com a concessão do crédito presumido de 8%. O imposto do item 1º, que era de R\$ 5.986,27, foi reduzido para R\$ 2.397,09, e o do item 2º, que era de R\$ 154.914,13, foi reduzido para R\$ 82.013,37.

Deu-se ciência do resultado da revisão dos lançamentos ao sujeito passivo, e este não se manifestou.

A 2^a Junta de Julgamento Fiscal, após rejeitar a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, julgou parcialmente procedente o Auto de Infração, sob o entendimento de que:

“(…)

Quanto aos aspectos substanciais dos lançamentos, o autuado reclama que foram incluídos indevidamente valores referentes a períodos anteriores ao início das atividades do estabelecimento, anteriores até mesmo à constituição da empresa.

Ao prestar a informação, o fiscal silenciou a respeito dessa questão, não atentando, portanto, para o mandamento do art. 127, § 6º, do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve abordar de forma objetiva todos os aspectos da defesa, com fundamentação. O fiscal autuante tem um compromisso com o lançamento por ele efetuado. Deve preservar a todo custo a legalidade tributária. O que é devido tem de ser lançado, porém o que não é devido deve ser reconhecido expressamente, em qualquer fase do procedimento, não só por questão de lealdade, mas, sobretudo, porque o lançamento tributário é um procedimento vinculado, regrado por lei, e a lei não autoriza o excesso de exação, muito pelo contrário, coíbe.

Nota que o autuado apresentou cópia do comprovante de inscrição no CNPJ (fl. 439), no qual consta que a data da abertura do estabelecimento foi 11/5/01.

Apresentou também cópia do Documento de Informação Cadastral (DIC), mediante o qual requereu sua inscrição no cadastro estadual de contribuintes (fl. 440), datado de 11/5/01. O pedido de inscrição foi deferido no dia 29/5/01. Como se sabe, até prova em contrário o contribuinte somente dá início às atividades do estabelecimento após a visita ou diligência fiscal e o deferimento do pedido de inscrição. Como nesse caso não consta ter havido diligência fiscal, e tendo em vista que o pedido de inscrição foi deferido no dia 29/5/01 (fl. 440, verso), deduzo que o contribuinte somente iniciou suas atividades em junho de 2001. Isso é corroborado

pelas primeiras Notas Fiscais de compra anexadas pelo próprio autuante (fls. 13/15), que são datadas de junho, setembro de outubro de 2001. Desse modo, no item 1º, devem ser excluídas as parcelas relativas aos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2001.

O autuado reclama, ainda, que foram incluídos indevidamente na base de cálculo do ICMS valores pagos a título de aluguel. Aduz que despesas com aluguel jamais poderiam ensejar a cobrança de ICMS, de modo que tal cobrança constitui claro ato de confisco e locupletamento ilícito por parte do Estado. Também reclama que foram incluídas indevidamente no levantamento Notas Fiscais referentes a mercadorias estranhas à sua atividade empresarial, a exemplo das relativas ao período de janeiro a março de 2005, emitidas pela Semp Toshiba, empresa de ramo completamente diverso daquele em que atua o autuado.

O fiscal autuante nada disse a respeito dessas questões, ao prestar a informação.

O contribuinte precisa saber que o imposto não foi cobrado sobre o aluguel. Os valores relativos ao aluguel do imóvel entraram no levantamento das despesas do estabelecimento, já que foi feita auditoria de Caixa, de como a comparar os ingressos de numerário com os dispêndios ocorridos no período, resultando do levantamento saldos credores de Caixa (item 1º do Auto de Infração). Conforme já salientei, a conta Caixa não pode apresentar saldos “credores”, por ser uma conta do Ativo. Saldos credores de caixa denunciam que os Recursos, até prova em contrário, se referem a operações (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Outro ponto questionado pelo autuado é que o fiscal deixou de abater o imposto referente às entradas de mercadorias, em atenção ao princípio da não-cumulatividade.

Está claro que o fiscal deixou de atentar para esse aspecto, e, mesmo diante da reclamação da defesa, silenciou, não atentando, assim, para o mandamento do art. 127, § 6º, do RPAF, segundo o qual a informação fiscal deve abordar de forma objetiva todos os aspectos da defesa, com fundamentação.

Note-se que o contribuinte, nos exercícios compreendidos na ação fiscal, se encontrava inscrito no SimBahia.

Quando são apurados fatos tais como suprimento de Caixa de origem não comprovado, saldo credor de Caixa, omissão de entradas, passivo fictício, diferenças físicas em levantamento quantitativo de estoque, etc., ao ser apurado o imposto por esses fatos, a Lei nº 7.357/98, que instituiu o SimBahia, em seu art. 19, determina que o tributo seja exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, uma vez que tais fatos estão compreendidos nas situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18. Os fatos em análise (saldo credores de Caixa e omissões de entradas de mercadorias) enquadram-se no art. 15, V, da citada lei, ou seja, houve a ocorrência da prática de uma infração de natureza grave. Este mesmo inciso determina que as infrações consideradas graves são aquelas elencadas em regulamento. Isso é feito no art. 408-L, V, do RICMS.

Cumpre assinalar que a lei manda que se apure o imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais. Para isto, não basta aplicar a alíquota “normal”; é preciso, também, que sejam concedidos os créditos fiscais correspondentes. O ICMS é um tributo não cumulativo. Por conseguinte, não foi observada, pelo fiscal autuante, a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor apurado o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, em se tratando de contribuinte do SimBahia. Crédito presumido, como o nome denota, é crédito outorgado pela legislação, pouco importa se consta ou não o respectivo destaque em documento fiscal. Aliás, se estivesse destacado em documento não seria “presumido”.

De acordo com os demonstrativos às fls. 9/11, 12, 16/17, 47/48, 110/113 e 248/251, está claro que o fiscal não abateu o crédito presumido de 8%, como manda a lei.

Foi determinada a remessa dos autos à Assessoria Técnica (ASTEC) deste Conselho, em diligência, para que fossem excluídas as parcelas de períodos anteriores a junho de 2001, a menos que houvesse elementos que provassem que a empresa já estava, antes, em efetivo funcionamento. Na mesma diligência foi determinado que, nos períodos em que o autuado se encontrasse inscrito no sistema SimBahia, fosse abatido o crédito presumido de 8%, como prevê o art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02.

O auditor designado para cumprir a diligência, após assinalar que a inscrição estadual do autuado foi deferida no dia 29/5/01, informou que a Declaração de Firma Individual do autuado foi registrada na JUCEB no dia 11/5/01. Observa que as seis primeiras notas fiscais de entrada foram emitidas entre os dias 24/5/01 e 31/5/01, nada indicando naqueles documentos que as mercadorias tivessem entrado no estabelecimento do autuado no mês de maio de 2001, pois, ao contrário, em algum deles há carimbos de postos fiscais com a data de junho. Aduz que a primeira nota de venda (saída de mercadoria) foi emitida no dia 11/6/01. Elaborou demonstrativo excluindo as parcelas de períodos anteriores a junho de 2001, com a concessão do crédito presumido de 8%. O imposto do item 1º, que era de R\$5.986,27, foi reduzido para R\$2.397,09, e o do item 2º, que era de R\$154.914,13, foi reduzido para R\$82.013,37.

Deu-se ciência do resultado da revisão dos lançamentos ao sujeito passivo, e este não se manifestou.

O demonstrativo do débito deverá ser refeito com base nos demonstrativos às fls. 583-584.”

VOTO

Reparo algum merece a Decisão recorrida.

Isso porque restou demonstrado, quanto ao item 1, que o contribuinte iniciou as suas atividades apenas em junho de 2001, à luz dos elementos probantes trazidos ao processo: cópia do Documento de Informação Cadastral (DIC), mediante o qual requereu sua inscrição no cadastro estadual de contribuintes (fl. 440), datado de 11/5/01, tendo sido o pedido de inscrição deferido no dia 29/5/01.

Ora, a menos que seja apresentada prova em sentido contrário, o contribuinte somente dá início às atividades do estabelecimento após a visita ou diligência fiscal e o deferimento do pedido de inscrição. Logo, não existindo informação de que ocorrerá diligência fiscal, e tendo em vista que o pedido de inscrição foi deferido apenas no dia 29/5/01 (fl. 440, verso), constata-se que o contribuinte somente iniciou suas atividades em junho de 2001.

Tal constatação, inclusive, é corroborada pelas primeiras Notas Fiscais de compra anexadas pelo próprio autuante (fls. 13/15), que são datadas de junho, setembro e outubro de 2001.

Logo, agiu com acerto o a quo ao excluir da autuação as parcelas relativas aos meses de fevereiro, março, abril e maio de 2001.

Outrossim, após conversão do processo em diligência à ASTEC, deste CONSEF, não somente ficou constatado que as atividades do autuado foram iniciadas em junho de 2001, como também foi concedido o crédito presumido de 8%, elaborando-se novo cálculo do valor devido pelo autuado, passando o imposto da infração 1 a ser de R\$2.397,09, ao passo que o da infração 2 foi reduzido para R\$82.013,37.

Correta, portanto, a Decisão recorrida ao determinar a redução do débito autuado, mormente porque consubstanciada em Parecer técnico exarado nos fólios processuais.

Dest'arte, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232854.0042/06-4, lavrado contra **FRANKSON DE S. VELOSO (EQUIPAN)**, devendo ser intimado o recorrido para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$84.410,46**, 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 abril de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO - RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARÃES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS