

A. I. N° - 022227.0002/09-3
AUTUADO - EDMUNDO MAGALHÃES DA SILVA FILHO DE VALENE
AUTUANTE - MARIA MAGNOLIA SANTIAGO DE OLIVEIRA LIMA
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET 18.12.2009

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0364-05/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração mantida. 2. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infração parcialmente elidida. Exclusão das remessas para conserto. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. Item nulo. Lançamento em desacordo com o art. 39, § 2º, do RPAF/99. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS: **a)** FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Infrações mantidas. Ausência de prova do pagamento. 5. DME. **a)** ENTRADAS NÃO REGISTRADAS. **b)** DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Itens mantidos. Penalidades aplicadas à luz da legislação vigente à época dos fatos geradores, concernente ao Regime de Apuração Simplificado do ICMS (SimBahia). Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/03/2009, para exigir ICMS e multa em razão das imputações abaixo descritas.

INFRAÇÃO 1 - Deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), durante os meses de abril, maio e junho de 2007. Valor do ICMS: R\$ 810,00.

INFRAÇÃO 2 - Recolheu a menor o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Valor do imposto: R\$ 3.199,11.

INFRAÇÃO 3 - Omissão de saída de mercadorias apuradas através de saldo credor de caixa. Durante os exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007. Valor do ICMS: R\$ 68.811,25.

INFRAÇÃO 4 - Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente as aquisições de mercadorias proveniente de fora do Estado, durante os exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007. Valor do ICMS: R\$ 20.215,04.

INFRAÇÃO 5 - Efetuou o recolhimento a menor do ICMS antecipação parcial na condição de microempresa, empresa de pequeno porte referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, durante os exercício de 2004, 2005, 2006 e 2007. Valor do ICMS: R\$ 5.090,21.

INFRAÇÃO 6 - Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte), durante o ano de 2005. Multa no valor de R\$ 3.118,36.

INFRAÇÃO 7 - Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME (Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte). Multa no valor de R\$ 140,00.

INFRAÇÃO 8- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa optante do Regime Especial unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresa de Pequeno Porte Simples Nacional referente as aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, a partir de julho de 2007. Valor do ICMS: R\$ 7.154,74.

O contribuinte ingressou com defesa, às fls. 594 a 597, afirmando, inicialmente, ser uma empresa comercial que tem como atividade o comércio varejista de móveis e eletrodomésticos e que desenvolveu suas atividades até o ano de 2008.

Ao impugnar as infrações lançadas no Auto de Infração, discorreu sobre cada uma delas nos seguintes termos.

No tocante à infração n.º 01 disse que a mesma não condiz com a legislação, pois além da empresa ter efetuado o pagamento dos impostos referente à cobrança, o enquadramento contido no auto de infração não relata nenhuma infração à legislação do ICMS. Observou que o artigo 384, do RICMS, tem a seguinte dicção: "Ficam isentas do pagamento do ICMS as microempresas optantes pelo Simples Nacional cuja receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração não ultrapasse R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais)".

Discorreu ainda que o artigo 387 tem o seguinte texto: *"As microempresas e empresas de pequeno porte excluídas do Simples Nacional sujeitar-se-ão às normas de tributação aplicáveis aos demais contribuintes do ICMS, podendo, se for o caso, optar pelo regime de apuração em função da receita bruta"*. Transcreveu também o art. 124, do RICMS, referente ao prazo de recolhimento do tributo. Afirmou que nenhum dos artigos citados na peça acusatória fundamentam a autuação contida no item 1. Pediu a nulidade deste parte do lançamento.

Em relação à infração n.º 2, frisou que a mesma apresenta os mesmos erros de fundamentação do item 1. Além disso argumentou que os valores exigidos não condizem com a realidade dos fatos, pois, na auditoria fiscal não foi observado que há valores da receita bruta e líquida lançada no livro de saídas relacionadas a remessas para conserto e estas remessas não são sujeitas à tributação, por se tratar de "outras receitas". Disse existir em relação a este item da autuação dois graves erros, relacionados à fundamentação e ao cálculo do tributo.

Em relação à infração n.º 3 argumentou que o livro caixa comprova não existir a infração por omissão de saída de mercadorias tributadas, através de saldo credor de caixa, nos anos de 2004 a 2007, pois a escrituração do livro caixa comprova o contrário. Observou, em seguida, que a empresa, nos anos de 2005 e 2006, passou por um processo judicial, pois houve uma separação do casal e a empresa teve seus estoques retidos pela justiça até a finalização do processo, que até o momento não ocorreu. Com os bens retidos, a empresa passou a ficar sem meio circulante, mas continuou a ser obrigada a pagar seus compromissos financeiros. Junto documentação para comprovar o fato, a exemplo do débito existente junto a empresa Martins Comercio e Serviços de Distribuição S.A., algo acima de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Diante dessa situação, não podendo a empresa gerar recursos para o caixa, em função da retenção dos seus estoques, deixou a mesma de pagar alguns compromissos. Disse ainda que a

empresa deixou de funcionar e chegou ao ponto de não existir a mínima condição de funcionamento.

No que se refere às infrações n.º 4 e 5, alegou esses itens devem ser revistos, pois os valores exigidos coincidem com os DAES pagos e com as planilhas apresentadas em anexo à defesa.

Na infração n.º 6, frisou que os valores das entradas se encontram lançados no livro fiscal e todas as notas encontram-se também lançadas, conforme determina a legislação do ICMS. Destacou ainda que o artigo 408C, do RICMS, que foi colocado como enquadramento encontra-se revogado. Da mesma forma o art. 335 do Decreto 6287/97. Afirmou que esta infração se encontra totalmente eliminada e é nula perante a legislação.

Quanto à infração n.º 7, argumentou que a mesma não procede, pois da mesma forma que o item anterior, não tem fundamentação jurídica no regulamento, já que foi revogada a disposição regulamentar correspondente (art. 335, § 2º, do RICMS/97).

Por último, em relação à infração n.º 8, pediu revisão da mesma, ao argumento de que o ICMS da antecipação parcial foi totalmente recolhido conforme comprova cópias reprográficas dos DAES anexados à peça defensiva.

Ao finalizar a peça de defesa requereu o cancelamento do AUTO DE INFRAÇÃO e todos os seus efeitos jurídicos, ressaltando ainda que alguns valores se encontram pagos e que outros são indevidos.

A autuante, ao prestar a informação fiscal, destacou inicialmente, que os artigos referentes às infrações que constituem o Auto, são lançados, automaticamente, pelo Sistema de Auto de Infração - SEAI, com base nos dispositivos em vigor na data do fato gerador da infração, e não na data da lavratura, como menciona a autuada. Assim como a descrição das infrações apresenta-se conforme dispõe o mesmo SEAI, torna-se sem efeito a pretensa nulidade/cancelamento do Auto de Infração requerida pelo autuado.

Ao abordar a infração 1, afirmou ratificar os seus valores tendo em vista que embora a autuada alegue haver efetuado o pagamento, não apresentou nenhum documento comprobatório. Disse ser suficiente verificar a relação de DAE's de 2007, 2008 e 2009 do Sistema Sefaz-INC anexadas às folhas 13, 14 e 15 do PAF, para perceber que não aparecem os supostos pagamentos alegados pelo autuado.

Quanto à infração 2, acatou o pedido da autuada, de exclusão dos valores referentes às remessas para conserto, retificando o valor da infração para R\$ 2.948,35, sendo R\$ 1.931,88 em 2005 e R\$ 735,13 em 2006, conforme demonstrativos anexados na informação fiscal, elaborados com base nas cópias das notas fiscais anexadas à defesa e livro de Registro de Saídas. Ratificou, entretanto, o valor de R\$ 281,34, referente ao exercício de 2007.

Em relação à terceira infração, ratificou o procedimento fiscal ao argumento de que o próprio Livro Caixa apresenta os registros de empréstimos de sócios, ao tempo em que não foram escrituradas as despesas, conforme informações constantes de: Demonstrativo de Fornecedores Não Declarados (fl. 23), Demonstrativo de Despesas Pagas Não Lançadas no Livro Caixa localizadas no PAF às folhas 32, 103 e 115, seguidos de cada demonstrativo e documentos que comprovam a infração; assim como o Demonstrativo dos Suprimentos de Caixa de Natureza Não Comprovada referente aos exercícios de 2004, 2005, 2006 e 2007, localizado às folhas 22, 91, 112 e 145 do PAF e cópias do livro Caixa às fls. 147 (2004), fls. 169 (2005), fls. 188 (2006) e fls. 200 (2007) onde se encontram os registros de empréstimos de sócios, sem documentos comprobatórios, pois, não apresentou nenhum comprovante até a data da lavratura do Auto de Infração, nem por ocasião da defesa. Frisou que o autuado incorreu na prática de confundir o princípio da entidade na contabilidade, prática esta confirmada, quando o contribuinte deixou de apresentar ao fisco, apesar de intimada (doc. fl. 10-A do PAF), os documentos referentes aos empréstimos concedidos à empresa, constantes do Demonstrativo dos Suprimentos de Caixa de Natureza Não Comprovada.

Frisou que a conduta do sujeito passivo implicou em infração ao artigo 2º, § 3º, do RICMS/97, cujo conteúdo transcreveu na peça informativa. Argumentou que a autuada não apresentou nenhum documento que comprovasse as alegações apresentadas em sua impugnação.

Ratificou a exigência fiscal contidas nas infrações 4, 5 e 8, afirmando que em momento algum da sua defesa, a autuada negou ter adquirido, em outras unidades da Federação, as mercadorias constantes dos demonstrativos das folhas 205, 218, 223/224, 281 (infração 04), e fls. 404 (infração 08). Declarou que a defesa limitou-se a negar que tenha deixado de recolher o ICMS devido, sem apresentar os documentos de pagamento, convertendo-se em verdadeira confissão.

No tocante à infração 5, observou que o autuado pediu tão somente a revisão de valores. Declarou que a autuada não anexou nenhum documento que pudesse comprovar a sua impugnação.

A autuante ratificou, também, as infrações 6 e 7. Em relação à infração 06, afirmou que a divergência de informação pode ser constatada a partir do confronto entre o Demonstrativo de Entradas (elaborado através de Notas Fiscais do contribuinte e do SINTEGRA, às folhas 380/383 e 386/397 do PAF) e a DME/2005 (apresentada pelo contribuinte às fls. 384) seguida do Livro de Entradas/2005 às fls. 470/487. Afastou também a alegação de que a exigência fiscal carece de fundamento legal.

Em referência a infração 7, afirmou que a autuada limitou-se ao não reconhecimento dos artigos que lhe dão amparo legal, constituindo, no seu, entender, em uma verdadeira confissão.

Ao finalizar, pediu a declaração de procedência parcial do Auto de Infração, com a retificação tão somente da 2ª infração, que foi reduzida em R\$ 250,76, passando do valor R\$ 3.199,11 para R\$ 2.948,35. Dessa forma o Auto de Infração foi reduzido para o montante, no valor histórico, de R\$ 108.287,95, acrescido de multas e cominações legais.

VOTO

O contribuinte na infração 1, fez referência à nulidade do lançamento por indevido enquadramento legal. Tal afirmativa carece de fundamento, posto que a legislação mencionada no corpo do Auto de Infração era aquela vigente à época de ocorrência dos fatos geradores do tributo. A alteração subsequente das normas não modifica o enquadramento legal, visto que nos termos do art. 144 do CTN: *“O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”*. Portanto, improcede a alegação de invalidade do procedimento fiscal.

No tocante ao mérito deste item do lançamento, o contribuinte não trouxe aos autos qualquer documento que comprovasse o pagamento do ICMS relacionado à apuração do tributo pelo regime simplificado, denominado SimBahia. Por esta razão a exigência fiscal em exame é procedente.

Em relação à infração 2, o pedido de exclusão dos valores referentes às remessas para conserto foi acatado pelo autuante, passando a infração de R\$ 3.199,11 para R\$ 2.667,01, conforme demonstrativo de débito apensados às fls. 703 a 704 dos autos. Com isso o item em exame passa a ter a seguinte configuração:

Data Ocorr	Data Venc	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	Valor Histórico	Valor em Real
31/07/2005	09/08/2005	1.046,47	17,00	50,00	177,90	177,90
31/12/2005	09/01/2006	10.317,53	17,00	50,00	1.753,98	1.753,98
28/02/2006	09/03/2006	246,29	17,00	50,00	41,87	41,87
31/03/2006	09/04/2006	1.345,76	17,00	50,00	228,78	228,78
30/04/2006	09/05/2006	1.318,11	17,00	50,00	224,08	224,08
31/10/2006	09/11/2006	567,35	17,00	50,00	96,45	96,45
30/11/2006	09/12/2006	462,64	17,00	50,00	78,65	78,65
31/02/2006	09/01/2007	384,11	17,00	50,00	65,30	65,30

Julgo procedente em parte o item 2 do lançamento. Valor total deste item: R\$ 2.667,01.

Com referência à infração 3, a acusação estampada no Auto de Infração é de saldo credor de caixa, situação que se configura quando o montante do pagamento efetuados supera as receitas declaradas, de forma que os dispêndios que extrapolam as receitas presumem-se que foram suportados por receitas decorrentes de omissão de saídas de mercadorias tributáveis pelo ICMS. Ocorre que o Demonstrativo elaborado pelo autuante, inserido à fl. 22 do PAF, indica duas situações: suprimento de caixa de origem não comprovada, relacionado aos “empréstimos de sócios” e pagamentos a fornecedores não declarados (demonstrativo fl. 23). Foram anexadas notas fiscais relacionadas ao referidos pagamentos aos fornecedores obtidas via SINTEGRA. Foi anexada também planilha indicando outros pagamentos não levados a registro na “conta caixa” (demonstrativos de fls. 32, 103 e 115).

A partir dessas informações, o autuante elaborou o Demonstrativo de Origem e Aplicação de Recursos (DOAR), apensados às fls. 21(2004), fl. 90 (2005); fl. 111 (2206), fl. 144 (2007), através do qual refez o “caixa” da empresa.

O autuado, por sua vez, afirmou que deixou de cumprir vários compromissos em razão do processo de separação judicial do empresário, que teve os seus estoques retidos pela justiça.

Percebe-se de plano que a metodologia de auditoria aplicada pela autuante, partindo dos lançamentos existentes no Livro Caixa, considerou que todas as ocorrências se verificaram no último dia de cada um dos exercícios fiscalizados. Conforme estabelece o RPAF/99, em seu art. 39, § 2º: *“Na lavratura do Auto de Infração, não sendo possível discriminar o débito por períodos mensais, considerar-se-á o tributo devido no último dia do período fiscalizado”*.

Ocorre que os lançamentos do contribuinte no caixa foram efetuados diariamente, ensejando também a totalização mensal. Da mesma forma, as despesas e notas fiscais de compra de mercadorias obtidas através do SINTEGRA. Essas aquisições não foram negadas pelo contribuinte. Diante desse quadro, a possibilidade de apuração mensal do tributo se apresentava, não havendo justificativa para que a autuante procedesse à apuração anual, considerando a ocorrência do fato gerador no último dia dos exercícios fiscalizados. Importante destacar que em relação ao exercício de 2007, a autuante apurou o tributo até os fatos verificados em 30/06/07, conforme indicado à fl. 203, todavia, o lançamento foi formalizado com data de ocorrência em 31/12/07, havendo, portanto, um descompasso entre a apuração e o Auto de Infração. Houve assim violação à regra expressa do procedimento administrativo fiscal, visto que o aspecto temporal dos fatos geradores lançados no AI são destoantes do regime de apuração e escrituração adotados pelo contribuinte.

Convém ressaltar ainda que os empréstimos não comprovados pelo contribuinte poderiam ter sido lançados separadamente, nos meses correspondentes, com a acusação de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, em decorrência de suprimentos de caixa de origem não comprovada, optando a autuante, todavia, em excluí-los do livro caixa, para cobrança através de “saldo credor”, via apuração anual.

Se faz necessário também a análise para certificar se as notas fiscais não registradas tiveram seus pagamentos efetuados nos respectivos exercícios ou se os títulos de créditos decorrentes, ou seja, as duplicadas, continuam em “aberto”, conforme apontou o contribuinte em relação a alguns fornecedores.

Frente ao acima exposto, entendo que a infração 3 padece dos vícios insanáveis, configurando a nulidade contida no art. 18, inc. IV, letra “a”, do RPAF/99.

Com relação às infrações 4, 5, e 8, relacionadas ao ICMS-antecipação parcial, o autuado afirmou que o tributo já se encontra recolhido e pediu revisão do procedimento fiscal. Todavia os documentos de arrecadação visando comprovar a veracidade das alegações defensivas não foram trazidos ao processo. Por sua vez, nos documentos de arrecadação anexados ao PAF não constam os dados das notas fiscais de aquisição. Registre-se ainda que os valores constantes desses documentos não são concedentes com os exigidos na ação fiscal. Sendo o ICMS tributo

lançado por homologação, onde o contribuinte antecipa o pagamento para posterior verificação pelo fisco, cabe a este o ônus da prova do pagamento do imposto quando alega que o mesmo foi por ele recolhido. Na ausência dessa prova, os itens 4, 5 e 8 são procedentes.

Na infração 6, o autuante recompôs o valor das entradas da DME através do lançamento de todas as notas fiscais, incluindo os documentos não declarados pelo contribuinte, conforme se verifica no demonstrativo acostado a fls. 380 a 383 dos autos. Foram confrontados os valores da recomposição com os informados na DME de 2005. Ficou demonstrada a diferença. O item do lançamento, com a imposição da penalidade prevista no art. 42, inc. XII-A é, portanto, procedente.

Por último, em relação à infração 7, que contém a exigência de penalidade, no valor de R\$ 140,00, por declaração incorreta de dados na DME, no exercício de 2006, o contribuinte limitou-se a afirmar que a exigência fiscal carece de fundamentação jurídica, posto que o art. 225 e 408 C não existem mais no ordenamento. Tal afirmativa, além de desprovida de fundamento, contraria o disposto no art. 144 do CTN, já acima citado, que estabelece a seguinte regra: “O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada”.

Ademais a penalidade foi aplicada com base no art. 42, inc. XVIII, letra “c”, da lei nº 7.014/96, com a redação alterada pela Lei nº 8.534, com a seguinte dicção:

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

(...)

XVIII - R\$ 140,00(cento e quarenta reais):

(...)

c) em razão da omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através de formulários próprios;

O item em exame é, portanto, PROCEDENTE.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, para modificar o item 2 e declarar NULO do item 3 do lançamento, recomendando à autoridade fazendária competente a renovação da ação fiscal quanto a este último item, a salvo das falhas apontadas neste voto.

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 022227.0002/09-3, lavrado contra **EDMUNDO MAGALHÃES DA SILVA FILHO DE VALENE** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$35.937,00**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigações acessórias no valor total de **R\$3.258,36**, previstas no art. 42, incisos XII-A e XVIII, do mesmo diploma legal, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de novembro de 2009.

TOLSTOI SEARA NOLASCO - PRESIDENTE/RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR

