

A. I. N.º - 2932590601/08-0
AUTUADO - ELISÂNGELA CARDOSO DA SILVA
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFAC EUNÁPOLIS
INTERNET - 19.03.10

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0050-02/10

EMENTA: ICMS. 1. **SIMBAHIA.** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas também não contabilizadas. Não comprovado pelo contribuinte as origens dos recursos. Concedido o crédito presumido de 8% sobre as saídas consideradas, por se tratar de contribuinte do SimBahia. Infração subsistente. 2. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. MULTA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas, conforme previsto no art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847/07. Infração não elidida. Se inclui na competência deste Órgão julgador a apreciação de inconstitucionalidade na legislação posta. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/08, reclama ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no total de R\$239.920,82, em decorrência do cometimento das seguintes infrações:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de Caixa, sendo lançado o valor de R\$209.323,36, acrescido de multa de 70%, nos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007.
2. deixou de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, sendo aplicada a multa de 1% sobre o valor das operações de saída e das prestações de serviço realizadas, totalizando R\$30.597,46.

O autuado apresenta defesa às fls. 98 a 111, alegando que o “estouro de caixa” não tem amparo legal frente às legislações tributárias de hierarquia superior, especialmente a Constituição Federal, reproduz o art. 2º, § 3º do RICMS/97, para dizer que esse dispositivo do RICMS /97, afronta os art. 5º, LV e 155, II, da Constituição Federal, bem como o art. 1º, do Decreto-Lei nº 406/68 e a Lei Complementar nº87/96, transcreve em seguida os mencionados dispositivos da Constituição Federal e referida Lei-Complementar, aduzindo que os citados diplomas legais não contemplam a figura do saldo credor de caixa como fato gerador do imposto.

Argumenta que o fato gerador do ICMS ocorre com a circulação econômica ou jurídica da mercadoria, conforme definido na Lei Complementar nº87/96, em seu art.2º, I, II, III, IV, § 2º, e que nenhum desses dispositivos incluiu o saldo credor de caixa como sendo fato gerador do ICMS.

Reproduz ensinamentos do tributarista Hugo de Brito Machado, em sua obra “Curso de Direito Tributário”, para inferir-se de que o fato gerador do imposto é um negócio jurídico envolvido em contrato de compra e venda, jamais de suposta existência de “saldo credor de caixa.” Assevera que tal acusação foi feita em descompasso com os princípios de contabilidade geralmente aceitos, porque os levantamentos são “incompletos” e “incorretos” e não refletem o verdadeiro saldo de caixa no período fiscalizado.

Não admite a “fórmula usada pelo autuante para apurar o imposto, argüindo que só através dos lançamentos contábeis nos livros razão e diário, envolvendo todos os negócios da empresa, é possível dizer se o seu caixa apresenta ou não saldo credor. Argui que a presunção não pode ser objeto de lavratura do Auto de Infração se não foi provada e materializada. Mais uma vez reproduz trechos de lições do renomado tributarista Hugo de Brito Machado, discorrendo sobre o ônus da prova. Adiante transcreve ensinamentos do mestre Samuel Monteiro relativos à “passivo fictício, estouro de caixa- ICMS e IPI.”

Salienta que o autuante não observou sua movimentação bancária nos períodos de 31/12/2003 a 31/12/2007, conforme demonstram os extratos da Caixa Econômica Federal, consignando os saldos de R\$ 1.759,22D em 31/12/2003; R\$ 18.240,13D em 31/12/2004; R\$ 6.246,03D em 30/12/2005; R\$ 12.435,43D em 29/12/2006 e R\$ 18.194,13D em 31/12/2007.

Finaliza a defesa relativa a esta infração aduzindo que o autuante não lançou em levantamento o capital social inicial como se demonstrará oportunamente.

Com relação à Infração 02, confessa que realmente deixou de entregar o seu arquivo magnético, em razão de não dispor de meios técnicos para cumprir essa obrigação acessória. Assevera que o fisco da Bahia, na “contra-mão” do art.179 da Constituição Federal, que reproduz, impõe aos pequenos e médios empresários, obrigações de natureza acessória de difícil cumprimento.

Frisa que em confronto com o dispositivo constitucional o fisco baiano exige a entrega de arquivo magnético com entradas e saídas de mercadorias discriminadas, complicando a vida dos pequenos e médios, inclusive com aplicação de multa de valor “estrondoso”, ferindo o art. 145, parágrafo 1º da Constituição Federal.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado improcedente.

O autuante apresenta informação fiscal, às fls. 257 a 259, reproduz as alegações defensivas, aduz que em relação à Infração 01, o autuado não apresentou nenhum documento que modificasse os valores levantados na auditoria, não comprovou a origem dos recursos que possibilitou a realização dos pagamentos efetuados aos fornecedores.

Informa que a Lei 7.014, de 04/12/2006, em seu Art. 4º, parágrafo 4º, estabeleceu que o fato de a escrituração indicar “saldo credor de caixa” autoriza a presunção de ocorrência de fatos geradores do ICMS - saídas de mercadorias tributáveis - sem pagamento do imposto. Frisa que cabe ao autuado a prova da improcedência da presunção.

Esclarece que sobre a receita omitida, aplicou o percentual das mercadorias com saída tributada para determinar o valor da base de cálculo e concedeu o crédito de 8% por ser o autuado empresa de pequeno porte, conforme demonstrativos anexos às folhas 16, 18, 20, 22 e 25 do PAF.

Salienta que elaborou o quadro na defesa extraídos dos demonstrativos das folhas 16 a 27 para caracterizar que a autuada não possui receitas declaradas suficientes para efetuar o pagamento das suas compras junto aos seus fornecedores, observando que a (telefone, água luz, etc.) não foram adicionadas aos pagamentos.

Ressalva que o autuado apenas alega que o ônus da prova não pode ser invertido, que o fisco deveria fazer um levantamento de estoque. Entende que o ônus da prova da improcedência da presunção cabe ao autuado, porque se trata de uma presunção legal.

Assegura que os extratos apresentados pelo autuado não indicam nenhum documento que caracterize origem de recursos.

Informa que não lançou o capital social porque o autuado foi fiscalizado nos exercícios de 2003 a 2007 e seu início de atividade foi em 2001 e que utilizou o saldo inicial de caixa 2003, no montante de R\$1.200,00.

Quanto à Infração 02, aduz que foi exigida a multa porque o autuado deixou de fornecer os arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas, em relação aos meses de janeiro a dezembro de 2006 e janeiro a dezembro de 2007, conforme intimação à fl.07.

Conclui pedindo que o Auto de Infração seja julgado procedente.

O processo foi convertido em diligência à INFRAZ DE ORIGEM para o autuante apor a sua assinatura nos documentos juntados aos autos às folhas citadas acima, bem como, para que fizesse a entrega ao autuado, mediante recibo específico, dos mencionados documentos, e que fosse informado ao autuado da concessão do prazo de 30 (trinta dias) dias, para, querendo, apresentar nova defesa.

O documento à fl. 265, demonstra o cumprimento do solicitado acima, no entanto o autuado não se manifestou.

VOTO

No que diz respeito à argüição de constitucionalidade da exigência tributária, ressalto que essa atribuição não se inclui na competência deste CONSEF, nos termos do art. 167, inciso I do RPAF/99. Assim, deixo de apreciar os questionamentos do contribuinte, por entender que a ação fiscal se encontra revestida das formalidades legais que envolvem as disposições e normas infraconstitucionais deste Estado. Verifico que o § 3º, do art. 2º do RICMS/97 trata de presunção legal, evidentemente consubstanciado no § 4º, do art. 4º da Lei nº 7.014/97.

No mérito, no que se refere à Infração 01, foi lançado o crédito tributário por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa.

Pela análise dos elementos constantes dos autos, verifico que o autuante elaborou Demonstrativo de Origem e Aplicação de Recursos - DOAR relativos aos exercícios de 2003 a 2007, conforme demonstrativos juntados às fls. 16, 18, 20, 22 e 25, tomando como base documentos fiscais relativos às compras e as vendas do contribuinte, relacionadas nos demonstrativos às fls. 17, 19, 21, 23 e 26.

Ressalto que tendo sido elaborado DOAR com base nos documentos apresentados pela empresa, e entregue cópias dos demonstrativos ao contribuinte, devolvido o prazo de 30 dias para cotejar tais planilhas com os seus documentos fiscais e o seu livro Caixa que está obrigado a escriturar, entendo que caso constatado inconsistências no levantamento feito pela fiscalização caberia ao autuado indicar por meio de demonstrativo próprio quais documentos fiscais não foram considerados e carrear aos autos os documentos de suporte para provar suas alegações, tendo em vista que estão em sua posse, fato que não ocorreu neste PAF. Tendo sido oferecida, inclusive na diligência, todas as possibilidades para exercer de forma ampla o seu direito de defesa e do contraditório, não se manifestou.

A defesa alegou que o autuante não observou sua movimentação bancária nos períodos levantados, e trouxe aos autos cópias dos extratos bancários da Caixa Econômica Federal.

Vale salientar que mesmo dispensado da escrituração de alguma apresentação da escrita mercantil está obrigado à escrituração do I

sua movimentação financeira, inclusive bancária, face sua condição de contribuinte optante pelo SIMBAHIA com receita bruta superior a R\$ 30.000,00, (art.408-C, VI, “a” do RICMS/97) consoante já demonstrado nos autos.

Observo que o sujeito passivo não colacionou aos autos o Livro Caixa com o registro de sua movimentação financeira e bancária, para contrapor a acusação. Os extratos trazidos aos autos, que se diz de sua movimentação bancária nos períodos de 31/12/2003 a 31/12/2007, ao contrário do que alegou, não se prestam para provar origem de recurso decorrente de receitas e provar a inexistência do saldo credor de caixa, visto que tais extratos registram saldos devedores de R\$1.759,22 em 31/12/2003; R\$ 18.240,13 em 31/12/2004; R\$ 6.246,03 em 30/12/2005; R\$12.435,43 em 29/12/2006 e R\$ 18.194,13 em 31/12/2007, que se lançados no Livro Caixa, elevaria o montante do “saldo credor de caixa”, objeto da autuação.

Destaco que conforme disposto no art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/97, considera-se ocorrido o fato gerador do imposto quando a escrituração indicar saldo credor de caixa, autorizando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvado ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Diante dos fatos ocorridos, ao contrário do que foi afirmado na defesa, o autuado não demonstrou qualquer inconsistência no levantamento fiscal que elidisse a presunção da omissão de saída de mercadorias apurada pela fiscalização.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infração subsistente.

Quanto à Infração 02, foi lançado o crédito tributário por cumprimento de obrigação acessória, por ter deixado o contribuinte de fornecer arquivos magnéticos, exigidos mediante intimação, com informações das operações ou prestações realizadas.

O sujeito passivo reconheceu expressamente que deixou de entregar o seu arquivo magnético, apenas alegou que não dispõe de meios técnicos para cumprir essa obrigação acessória.

Vale ressaltar que o art. 708-B do RICMS/97 estabelece a obrigatoriedade de o contribuinte fornecer ao fisco os documentos e o arquivo magnético quando intimado, sendo que o mencionado arquivo deverá ser entregue com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte. Ademais, em conformidade com o art. 42, inciso XIII-A, alínea “j” da Lei nº. 7.014/96, com a redação dada pela Lei nº. 10.847 de 27/11/2007, a falta de fornecimento de arquivo magnético com as informações das operações realizadas, sujeita o contribuinte ao pagamento da multa de 1% sobre o valor das operações ou prestações realizadas. Portanto está correto o lançamento do crédito tributário por descumprimento dessa obrigação acessória.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 2932500601/08-0 lavrado contra **ELISÂNGELA CARDOSO DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado a pagar o imposto no valor de **R\$209.323,36**, acrescido da multa de 70%, pre-

7.014/96 e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$30.597,46**, prevista no art. 42, XIII-A, alínea “j” da citada Lei e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de março de 2010

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA - RELATOR

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR