

A. I. Nº - 269197.0001/09-9
AUTUADO - CINTRA & MORAES LTDA.
AUTUANTE - MARCELO DE AZEVEDO MOREIRA
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 08/06/2010

3^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº0116-03/10

EMENTA: ICMS. 1. 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 e também não contabilizadas. Concedido o crédito fiscal presumido de 8% previsto a época para as empresas enquadradas no regime simplificado de apuração SIMBAHIA. Aplicado o critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/07. Imputação parcialmente elidida. 2. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Cometimento da Infração não contestado pelo sujeito passivo. Preliminar de nulidade rejeitada. Indeferido o pedido de realização de perícia. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 27/02/2009, exige ICMS no valor de R\$169.151,94, acrescido da multa no percentual de 70%, e aplica penalidade por descumprimento de obrigação acessória, em razão das seguintes imputações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa. Exercício de 2005 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2006 – meses de janeiro a dezembro; Exercício de 2007 – meses de janeiro a dezembro. ICMS no valor de R\$169.151,94.

Infração 02. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, não escriturou o Livro Caixa nos exercícios de 2005, 2006 e 2007. Multa no valor de R\$460,00.

O autuante anexa Termos de Intimação para apresentação de livros e documentos às fls. 08 a 10. Declaração do contribuinte informando a falta de escrituração do livro Caixa relativo aos exercícios de 2005 a 2007 à fl. 12. Cópias de Declarações de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - DMES, demonstrativos do levantamento fiscal, cópias de livros fiscais da empresa, e cópias de primeiras vias de notas fiscais às fls. 13 a 6.421 (volumes I a XIX).

Às fls. 6428 a 6633 o sujeito passivo, por intermédio de Advogado com Procuração à fl. 6.434, ingressa com a impugnação ao lançamento de ofício. Inicialmente discorre acerca da autuação e, em seguida, diz que a situação de fato, descrita no tipo legal, jamais se verificou, aduzindo que não suprimiu os valores relativos às operações por ele praticadas, e que sua conduta fiscal não se enquadrou no previsto no artigo 408-L, incisos III e IV ou 915, inciso V, alíneas “a” e “c”, do RICMS/BA. Afirma que o levantamento do autuante foi efetuado apresentados por ele, sujeito passivo, à Fiscalização. Que jamais grave que ensejasse a sua apuração por sistemática diversa da

enquadramento no SIMBAHIA. Afirma não haver nenhum documento fraudado ou que contivesse informações erradas.

Alega que sua atividade jamais deveria ser objeto de autuação, afirmado operar de forma preponderante com mercadorias isentas, ou com base de cálculo reduzida inclusive a zero, e mercadorias sujeitas a antecipação tributária, e adquiridas dentro desta Unidade da Federação, com fase de tributação encerrada.

Diz que se houvesse cabimento a apuração de qualquer imposto devido pelo critério de apuração normal, ainda assim deveria ser aplicada a proporcionalidade. Alega que sua empresa atua como açougue e panificadora, e que opera, quase que exclusivamente, com mercadorias sujeitas a antecipação tributária na origem. Afirma que o Auto de Infração não atende ao critério da proporcionalidade, o que acarretou em um montante irreal sem qualquer correspondência com a sua movimentação verdadeira. Que o CONSEF já se manifestou, em diversos Acórdãos, pela apuração das omissões de saída de forma proporcional às saídas tributadas. Ressalta que o §3º do artigo 2º do RICMS/BA refere-se às presunções legais que, por serem relativas, admitem prova em contrário. Diz que a presunção de saídas de mercadorias tributáveis só seria cabível, de forma inapelável, se o autuado só possuísse saídas de mercadorias tributáveis, e afirma não ser o caso, por demonstrar que, quase em sua totalidade, suas saídas não são mais sujeitas à tributação, por serem mercadorias com a fase de tributação encerrada. Apela pelo conhecimento da natureza relativa da presunção legal, requerendo a aplicação do critério da proporcionalidade.

Conclui pedindo pela nulidade do Auto de Infração por imputar-lhe infração não caracterizada no ordenamento legal, e, caso não atendido este pedido, requer que o tributo seja apurado com base na sua faixa de enquadramento no SIMBAHIA, ou que a apuração seja feita aplicando o critério da proporcionalidade entre as operações tributáveis e as mercadorias com fase de tributação encerrada. Por fim, solicita prova pericial a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

Às fls. 6437 a 6439 (volume XIX) o autuante presta Informação Fiscal. Inicialmente discorre acerca da autuação e das alegações trazidas na impugnação. Em seguida, em relação à Infração 02, diz que a empresa não apresentou os livros Caixa dos anos de 2005, 2006 e 2007, depois de devidamente intimada (fls. 8, 9, 10 e 12), e que a mesma tinha a obrigação de escriturá-los.

Em relação à Infração 01, diz que o autuado, no dia 22/04/2008, apresentou DMEs retificadoras dos anos de 2005, 2006 e 2007 (fls. 13 a 20), após a constatação, pela verificação de monitoramento, de diversas Notas Fiscais no SINTEGRA e CFAMT sem lançamento, tendo o sujeito passivo, então, incluído, nas DMEs retificadoras, os valores de operações das devidas Notas Fiscais, apresentando então valores de entradas bem superiores aos de saídas.

Aduz que nas mesmas DMEs os saldos iniciais e finais dos estoques foram informados em todos os exercícios. Afirma que, como se trata de Empresa de Pequeno Porte, não está obrigada e, consequentemente, não possui a escrita fiscal dos Registros de Entradas, Saídas, Apuração do ICMS e Inventário. Alega que, diante das evidências constatadas nas informações das DME, das entradas serem bem superiores às saídas e da não apresentação do livro Caixa, procedeu ao levantamento relativos aos livros Caixas dos anos de 2005 a 2007. Que, quando procedeu ao lançamento das Notas Fiscais e das despesas apresentadas à fiscalização, constatou que havia saldo credor de caixa em todos os meses fiscalizados. Que o autuado não registrou todas as vendas efetuadas. Que observou praticamente não existir nenhuma Nota Fiscal de compras de carne e de farinha de trigo. Diz que, na verdade, a empresa autuada é supermercado em que comercializa todos os tipos de mercadorias do segmento.

Quanto à proporcionalidade da Instrução Normativa nº 57/2007, diz que não se aplica a Empresa de Pequeno Porte, que não tem registros e informações fiscais que discriminem as situações tributárias. Destaca que na apuração da omissão das saídas do crédito presumido (8%) no cálculo do imposto devido.

Conclui pedindo pela procedência total do Auto de Infração.

Às fls. 6442 e 6443, na busca da verdade material, esta 3^a JJF decidiu por converter o processo em diligência, para que, em relação à Infração 01, o autuante intimasse o contribuinte a apresentar demonstrativo especificando, nas operações mensais de aquisições por ele realizadas no período de janeiro/2005 a dezembro/2007, quais são os valores e percentuais de comercialização com mercadorias tributáveis nas saídas, isentas, e enquadradas no regime de substituição tributária, para verificação pelo Fisco e elaboração, caso necessário, de novo demonstrativo com base nestes valores, aplicando o teor da IN 56/07. Foi solicitado também que a INFRAZ de origem, ocorrendo modificação no demonstrativo de débito na nova Informação Fiscal, desse ciência desta modificação ao contribuinte, e entregasse-lhe cópia da informação fiscal de fls. 6.437 a 6.439, daquela diligência e todos os novos documentos acostados ao processo pelo autuante sem eu atendimento.

À fl. 6.444 o autuante diz que a diligência foi cumprida, e ressalva que a proporcionalidade foi obtida através das Notas Fiscais de entrada, tendo em vista tratar-se de Empresa de Pequeno Porte que apura o ICMS através de Receita Bruta Mensal e não tendo as saídas discriminadas por situação tributária. Junta documentos às fls. 6445 a 6454.

Às fls. 6458 a 6461 o contribuinte manifesta-se, em primeiro lugar, pugnando pelo refazimento da diligência de fl. 6442. Em segundo lugar, diz que oferecendo DME retificadora em período anterior à ação fiscal, por orientação da própria administração fazendária, demonstra ter-se eximido de qualquer conduta dolosa, insculpida nos termos do artigo 408-P, bem como afirma que não cometeu qualquer tipo de infração grave na forma do artigo 408-L, inciso V, não competindo a apuração de qualquer diferença tributável senão através da receita bruta, ou qualquer outra sistemática diversa da prevista para a faixa de enquadramento no SIMBAHIA. Diz que a Lei não autoriza que o contribuinte de boa-fé seja punido nos mesmos moldes daquele que age dolosamente.

Que só deveria ter sido aplicada uma única vez a multa por falta de escrituração do livro Caixa, por ser infração única, embora atinente a exercícios diversos.

Pede ao Egrégio Conselho que solicite, sob pena de nulidade por cerceamento de defesa, a apresentação de cópia das Notas Fiscais de entradas e demais documentos que serviram de base ao trabalho do preposto fiscal, para que comprove que diversos lançamentos referente a Nota Fiscal constante no SINTEGRA e CFAMT de fato não poderiam ser comprovadas, uma vez que não localizou primeiras vias em suas mãos.

Diz que eventualmente existindo qualquer diferença de receita tributável esta deveria ser cobrada dentro da sistemática de apuração prevista no SIMBAHIA. Que, no levantamento efetuado pelo autuante, os valores mensais recolhidos não foram levados em efeito.

Alega que se este Colendo Conselho entender que deva ser aplicado tratamento dispensado a contribuintes que tenham agido dolosamente, determinando que o tributo seja apurado pela sistemática de débito e crédito (regime normal), ele deve ser apurado observando-se a proporcionalidade, com a observância não apenas das mercadorias isentas e antecipadas, mas também as que estão incluídas na cesta básica, com alíquota de 7%, e as que possuem tratamento tributário específico, a exemplo do leite em pó, material de embalagem, etc. Por fim, diz que a negativa da aplicação da proporcionalidade às empresas enquadradas na condição de empresa de pequeno porte feita pelo próprio autuante à fl. 6.431 é confirmação de que não há conduta dolosa, o que alega ensejar a aplicação da legislação que determina o percentual específico sobre a receita bruta apurada.

VOTO

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade, verifico estarem presentes os pressupostos de validade definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tipificados a infração imputada com base nas hipóteses normativas

ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu as imputações, tendo recebido os demonstrativos atinentes às mesmas e exercido tempestivamente seu direito de defesa. Argüição de nulidade rejeitada.

Indefiro o pedido de realização de perícia, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, do RPAF/BA, em razão de que a prova dos fatos independe de conhecimento especial de técnicos, e de que as provas constantes deste processo são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, o Auto de Infração foi lavrado em razão das duas imputações descritas no Relatório que antecede este voto.

A imputação 01 trata de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa nos exercícios de 2005 a 2007, com exigência de ICMS no valor de R\$169.151,94,

O contribuinte, em sua primeira impugnação, argüi que o levantamento foi totalmente realizado com base nos documentos que entregara ao Fisco, expondo que isto evidenciaria a inexistência de dolo, ou fraude, de sua parte. Afirmou que esta sua atitude comprovava boa fé e a realidade de que nada ocultara ao Fisco, tendo inclusive retificado suas DMEs conforme orientada pela SEFAZ, em operação anterior, operação esta que o autuante identifica como operação de monitoramento em que o Fisco, tendo identificado notas fiscais nos sistemas CFAMT e SINTEGRA cujos valores de operações não foram originalmente declarados nas DMEs originalmente enviadas pelo contribuinte à SEFAZ, orientou-o a regularizar a situação. Assim, orientado pelo Fisco, segundo o contribuinte informa, veio a retificar tais documentos de informações econômico-fiscais.

Contradicoratoriamente, em sua segunda imputação veio a argüir que não teria recebido cópia das notas fiscais que também foram utilizadas para embasar o levantamento fiscal realizado. Contudo constato, compulsando os autos, que todas as cópias estão anexadas a este processo são de primeiras vias de notas fiscais, que são vias destinadas ao sujeito passivo, o que evidencia que não foram arrecadadas portanto no CFAMT, SINTEGRA, e nem por intermédio de outrem que não o próprio contribuinte. Por outro lado, os dados das DMEs retificadoras do contribuinte espelham os números do levantamento fiscal realizado. Assim, não procede a alegação defensiva quanto a não ter tido acesso aos documentos que embasaram a imputação, uma vez que tais documentos, segundo afirmou textualmente o autuado, foram por si fornecidos ao Fisco.

Assinalo que, após determinado por esta 3^a JJF, o autuante aplicou, para determinar a base de cálculo de apuração do imposto a ser lançado, o critério da proporcionalidade entre mercadorias tributáveis, e isentas, e com fase de tributação encerrada, consoante previsto na Instrução Normativa nº 56/07, e demonstrativos às fls. 6.449 a 6.452, cujas cópias foram entregues ao contribuinte tendo sido verificado novo no montante de débito tributário de R\$64.841,25.

O fato de ter ocorrido o saldo credor de caixa apurado na ação fiscal autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo praticou a omissão de saídas anteriores de mercadorias sem pagamento do imposto. A Lei nº 7.014/96 assim dispunha em seu artigo 4º, §4º, à época da autuação, e hoje no inciso I do mesmo parágrafo, em redação vigente a partir de 31/03/2010, bem como prevê que é ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. O deficiente não apresentou qualquer documento, ou demonstrativo, que provasse erro no levantamento fiscal, pelo que considero devido o imposto cobrado.

Tratando-se da presunção prevista no artigo 4º da Lei nº 7.014/96, em relação a operações anteriores, a alíquota de 17%, utilizada para o cálculo do imposto lançado neste Auto de Infração, não diz respeito às operações atuais com as notas fiscais utilizadas] por antecipação tributária parcial, ou por substituição tributária, m quais houve omissão de registro de saídas, e do consequente rec

quais advieram os recursos financeiros para a realização das operações de compras objeto da imputação.

O contribuinte estava, à época dos fatos geradores objeto da autuação, enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SIMBAHIA. O artigo 19, combinado com o inciso V do artigo 15 da Lei nº 7.357/98, que regia o tratamento tributário dispensado às empresas enquadradas no Regime SIMBAHIA, e vigente à época dos fatos geradores do tributo lançado de ofício, previa, para o caso de infração de natureza grave praticada por contribuinte enquadrado naquele regime, a utilização da alíquota de 17% na apuração do imposto, devendo ser deduzido, no cálculo realizado pelo Fisco, o crédito presumido de 8%, procedimento este adotado no levantamento fiscal em foco, uma vez que o artigo 408-L, inciso V, do RICMS/BA, define que se trata de infração de natureza grave a prevista no inciso III do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso III, inclui a constatação de saldo credor de caixa. Assim, está correta a aplicação da alíquota de 17% no cálculo do débito atinente à infração 01.

Infração 01 parcialmente procedente no valor de R\$111.501,00 conforme novos demonstrativos de fls. 6.449 a 6.452.

Quanto à imputação 02, falta de escrituração do livro Caixa nos exercícios de 2005, 2006 e 2007, por estabelecimento enquadrado como microempresa e empresa de pequeno porte com receita bruta ajustada superior a R\$30.000,00, foi aplicada uma única vez a penalidade de multa no valor de R\$460,00, embora a irregularidade diga respeito a infração relativa a três exercícios distintos. O autuado confessa a não escrituração do seu livro Caixa à fl. 12 dos autos, e não a contesta na defesa, apenas pedindo para que a penalidade fosse aplicada uma única vez, o que fora realizado pelo autuante. Infração 02 procedente.

Por estes motivos, voto pela procedência parcial do Auto de Infração no valor de R\$111.961,00.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269197.0001/09-9, lavrado contra **CINTRA & MORAES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$111.501,00**, acrescido da multa no percentual de 70%, prevista no artigo 42, inciso III, da Lei nº 7.014/96, e da penalidade aplicada no valor total de **R\$460,00**, prevista no artigo 42, inciso XV, alínea “i”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre de ofício para uma das Câmaras do CONSEF nos termos do artigo 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 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de maio de 2010

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR