

A. I. N° - 293259.0602/09-4
AUTUADO - ELISÂNGELA CARDOSO DA SILVA
AUTUANTE - JOSÉ RAIMUNDO RIBEIRO DOS SANTOS
ORIGEM - INFRAZ EUNÁPOLIS
INTERNET - 22.07.10

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0200-04/10

EMENTA: ICMS. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Declarado de ofício a nulidade do lançamento relativo ao exercício de 2008, tendo em vista a implantação do SIMPLES NACIONAL cujo imposto deverá ser exigido com base nos critérios atinentes ao aludido regime. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 30/06/09, para exigir ICMS no valor de R\$126.523,01 acrescido de multa de 70% relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta caixa.

O autuado, na defesa apresentada (fls. 43/55) inicialmente discorre sobre a infração, afirma que o “estouro de caixa” previsto no art. 2º, § 3º, I, do RICMS-BA, não tem amparo nas legislações tributárias superiores, especialmente a Constituição Federal (5º, LV e 155, II, da CF, art. 2º, I, II, III, IV, V, § 1º, I, II, III e § 2º da LC 87/96), que não contemplam a figura do saldo credor de caixa como fato gerador desse imposto, por não configurar circulação econômica ou jurídica da mercadoria.

Transcreve parte de texto do professor Hugo de Brito Machado, dizendo que o fato gerador do ICMS é um negócio jurídico envolvendo um contrato de compra e venda de mercadoria e jamais o saldo credor de caixa e também sobre ônus da prova no processo administrativo fiscal, inclusive do Código de Processo Civil, cujas normas são aplicáveis no processo administrativo fiscal.

No caso concreto diz que o autuante fez um levantamento incompleto e incorreto que não reflete o verdadeiro saldo de caixa no período fiscalizado: vendas de mercadorias – compras de mercadorias – despesas = saldo credor de caixa, sobre o qual aplicou alíquota de 17%.

Entende que só através dos lançamentos contábeis nos livros Razão e Diário, aplicando o método das partidas dobradas, envolvendo todos os negócios da empresa, é possível dizer se o caixa do contribuinte apresenta ou não saldo credor, servindo de ponto de partida para realizar auditoria no estoque e levantar provas de vendas de mercadorias desacompanhadas de nota fiscal.

Pondera que o art. 2º, §3º, I do RICMS/BA transfere ao contribuinte o ônus da prova, presumindo ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento de imposto, a menos que o contribuinte comprove sua improcedência quando caberia ao Fisco provar a acusação. Requer a nulidade da autuação dado a exigência de tributo com base em presunção fiscal e exigência de prova negativa.

Transcreve parte de texto do professor SAMUEL MONTEIRO, que manifesta entendimento de que passivo fictício ou estouro de caixa não são fatos geradores do ICMS porque não configura circulação econômica ou jurídica de mercadorias, o que deve ser provado e materializado.

Atenta que não foi levado em consideração o saldo bancário negativo em 31/12/08 de R\$ 6.284,59 conforme extrato juntado ao processo e nem o valor do capital social de R\$ 20.000,00. Requer a improcedência do Auto de Infração. Protesta por todos os meios de especialmente a testemunha.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 61/62), tece comentários sobre as alegações defensivas, ressalta que não foi apresentado qualquer documento que modificasse os valores levantados e nem foi comprovada a origem dos recursos empregados nos pagamentos dos fornecedores.

Admite que o saldo credor de caixa não é fato gerador do ICMS, mas que a sua constatação autoriza a exigência do imposto a título de presunção legal (art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96), ressalvado ao contribuinte provar a improcedência da presunção.

Esclarece que no quadro apresentado à fl. 62, sintetiza os valores extraídos dos demonstrativos acostados às fls. 8 a 33, para caracterizar que o autuado não possuía receitas declaradas suficiente para efetuar o pagamento das suas compras junto a fornecedores, mesmo não tendo sido adicionadas as despesas com folha de pagamento, telefone, água, luz, etc.

Quanto à alegação defensiva de que o ônus da prova não pode ser invertido e que o Fisco deveria fazer um levantamento de estoque, afirma que a improcedência da presunção cabe ao estabelecimento autuado por se tratar de uma presunção legal.

Informa que o saldo de 31/12/08 foi lançado no demonstrativo conforme consta na DME juntada a fl. 14 do PAF com valor de R\$19.375,40 e que não levou em consideração o capital social, pois a fiscalização refere-se ao exercício de 2008 e a empresa teve início de atividade no exercício de 2001. Requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Na defesa apresentada o autuado suscitou a nulidade do Auto de Infração sob o argumento de que a exigência do imposto foi feita com base em presunção fiscal e exige prova negativa. Observo que o mesmo foi lavrado para exigência de tributo, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA. O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado.

Sem adentrar no mérito, o Auto de Infração exige ICMS relativo à omissão de saída de mercadorias tributáveis a título de presunção, apurada através de saldo credor da conta caixa.

Na defesa apresentada o autuado alegou que a exigência de ICMS em decorrência de apuração de saldo credor de caixa, não tem amparo constitucional, não constitui fato gerador do ICMS para exigir imposto, só é possível apurar por meio de métodos contábeis e não foram considerados os valores relativos ao saldo negativo bancário e capital social o que foi contestado pelo autuante.

Observo que a exigência do ICMS em decorrência da apuração do saldo credor de caixa é legal (art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96) e não se inclui na competência dos órgãos julgadores a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual (art. 167, I do RPAF/BA).

É certo que a apuração do saldo credor de caixa não constitui fato gerador do imposto, mas sua constatação indica que o contribuinte lançou mão de recursos para fazer face aos seus compromissos, oriundos de receitas auferidas sem o devido registro, isto é que materializa a exigência do ICMS por meio de presunção legal de omissão de saída de mercadorias, sendo facultado ao contribuinte provar a improcedência da presunção.

Com relação à metodologia aplicada, verifico que o autuante no demonstrativo à fl. 8, apurou insubsistência do caixa por meio da Demonstração de Origem e Aplicação de Recursos (DOAR). Esta demonstração evidencia as alterações na posição financeira da empresa de cada exercício considerando os recursos obtidos (vendas, empréstimos obtidos, recebimentos de duplicatas, vendas do imobilizado e outros ingressos), confrontado com o mo empregados nos pagamentos (compras do exercício menos valor de

exercício seguinte), o que resultou em insubsistência do caixa. Portanto, restou caracterizado o cometimento da infração.

Entretanto, constato que o período fiscalizado compreende operações realizadas entre 01/01/08 a 31/12/08 e o estabelecimento autuado optou pelo SIMPLES NACIONAL a partir de 01/01/08 conforme documento acostado à fl. 6. Portanto, sendo optante do Simples Nacional, não poderia ser utilizada na apuração do ICMS exigido a título de presunção de omissão de saída, a legislação das MEs e EPPs previstas no SIMBAHIA que no período da ocorrência dos fatos geradores já tinha sido revogada.

Verifico que conforme DOAR (fl. 8) na apuração do débito foi aplicada a proporcionalidade entre saídas tributadas e não tributadas, bem como concedido crédito presumido de 8% previsto art. 15, V da Lei nº 7.357/98, com redação dada pela Lei nº 7.556/02, para ser aplicado quando o contribuinte inscrito no SIMBAHIA incorresse em prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento. Naquela situação o contribuinte inscrito no SIMBAHIA como Microempresa apurava o ICMS mediante pagamento de um valor fixo em função do faturamento e as Empresas de Pequeno Porte, mediante aplicação de um porcentual sobre a sua Receita Bruta.

Como para as MEs e EPPs era vedada a utilização de qualquer crédito fiscal para ser compensado com o débito, a legislação estabeleceu um crédito presumido de 8% para ser compensado com o débito do ICMS apurado em infrações de natureza grave prevista na legislação do imposto, situação em que o contribuinte inscrito no SIMBAHIA perdia os benefícios fiscais do tratamento tributário do regime simplificado de apuração do ICMS, com a aplicação da alíquota de 17%.

Ressalto que em relação ao período fiscalizado a legislação do SIMBAHIA foi revogada com a implantação do SIMPLES NACIONAL (Lei nº 128/06), sendo que esta nova modalidade de tributo envolve impostos (IR, ICMS, IPI, ISS) e contribuições (PIS, COFINS, CSSL e Contribuição Patronal/INSS) e o lançamento deverá ser feito obedecendo às regras previstas na legislação do imposto.

Portanto, declaro de ofício NULO o lançamento, conforme acima explanado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração n.º **293259.0602/09-4** lavrado contra **ELISÂNGELA CARDOSO DA SILVA**, devendo ser renovado o procedimento fiscal de acordo com os critérios aplicáveis ao regime do Simples Nacional.

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, 15 de julho de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

FRANCISCO ATANASIO DE SANTANA – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES - JULGADOR