

A. I. Nº - 299430.0015/10-7
AUTUADO - AILTON ARAÚJO DOS SANTOS
AUTUANTE - JORGE TADEU COSTA DOS SANTOS e JORGE LUIZ SANTOS DA COSTA
ORIGEM - INFAC ATACADO
INTERNET 31.08.2011

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0225-05/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. ERRO NA APURAÇÃO DO IMPOSTO. RECOLHIMENTO A MENOS. Refeito a conta-corrente fiscal. Comprovada a exigência, após consideração dos valores não oferecidos à tributação. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Alegações de defesa imprestáveis para elidir a acusação fiscal, a qual se fundamenta em provas documentais. Infração subsistente. Rejeitadas as preliminares de nulidade e de decadência. Indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 28/03/2011, para exigir o ICMS no valor de R\$ 72.880,93, consoante documentos às fls. 8 a 342, em razão das seguintes irregularidades:

INFRAÇÃO 1 – Deixou de recolher ICMS, no montante de R\$ 69.705,87, nos prazos regulamentares, referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, sendo feita a conta-corrente do contribuinte, mediante inclusão das notas de vendas, cujas notas fiscais não foram emitidas, inerentes aos meses de janeiro a março e junho a dezembro de 2006;

INFRAÇÃO 2 – Efetuou recolhimento a menos do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 3.175,06, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referentes às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas nos anexos 88 e 89, inerentes aos meses de fevereiro, abril, setembro e dezembro de 2006.

Foi consignado no campo “Descrição dos Fatos” que o contribuinte tem como atividade econômica o comércio atacadista de bicicletas, triciclos e outros veículos recreativos, além do seguinte texto:

Em decorrência dos fatos apurados no Relatório de Investigação Fiscal 0012/2008, no Boletim INFIP de 21/08/2009 e respaldados pelo Mandado de Busca e Apreensão, expedido pelo Juiz da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, todos anexados a este Auto de Infração, a SEFAZ, em operação conjunta com a SSP-BA, apreendeu no estabelecimento do contribuinte notas fiscais de entradas e saídas do período de janeiro/2005 a junho/2009, fechamento de caixa (juntamente com as Notas de Vendas (VNs) de janeiro de 2008 a julho de 2009, VNs do período de 2005 a junho de 2009 e boletos bancários do ano de 2008 e janeiro a junho de 2009. Atendendo intimação anterior, a empresa nos forneceu seus livros de entradas e saídas de 2005 a 2009.

Os livros a seguir não foram apresentados pelo contribuinte, mesmo tendo sido intimado anteriormente:

“Livro Razão e Diário

“Livro Registro de Inventário.

Além disso, a INFIP apreendeu arquivos magnéticos em computadores do contribuinte, entre eles os seguintes, em access:

“TabMovihistorico”, “TabVenda”, “Tabcaixa”, “Tabestoque” e “TabVendasDetalhada”. Estes arquivos magnéticos foram autenticados pela autoridade competente, conforme cópia que anexamos a este Auto de

Infração. Através dos dois primeiros, foi possível verificar que o contribuinte não emitiu inúmeras notas fiscais de vendas realizadas através de Notas de Vendas (VNs). Somente no exercício de 2006, este montante chegou a R\$ 458.731,90.

Intimado, na pessoa do seu proprietário. Sr. Ailton Araújo dos Santos, fomos verbalmente informados que tais notas não foram localizadas em seus arquivos uma vez que haviam sido apreendidas na operação da SEFAZ. Foi solicitado pelo contribuinte acesso a estas notas fiscais, o que foi concedido pela INFRAZ Atacado. Para tanto, o contribuinte apresentou um preposto seu (cópia às fls. 33), o qual teve acesso a toda a documentação apreendida, localizada nas dependências da INFRAZ Atacado. Não obtivemos qualquer retorno depois dessa análise.

Baseado nessas informações, foi refeita a conta corrente do contribuinte incluindo as notas de vendas cujas respectivas notas fiscais de saídas não foram encontradas, apurando-se imposto a pagar maior que o declarado. Além desta infração, foi apurado recolhimento a menor da Substituição Tributária no exercício de 2006, nos termos do RICMS.

O autuado, às fls. 348 a 364 dos autos, apresenta tempestivamente suas razões de defesa, na qual tecê as seguintes alegações:

Preliminamente, suscita que parte do suposto crédito apurado está fulminado pela decadência, no tocante aos fatos geradores anteriores a 29 de março de 2006, conforme estabelece o Código Tributário Nacional e a jurisprudência consolidada do STJ.

Em seguida, aborda histórico das micro e pequenas empresas e da finalidade do Regime do SIMBAHIA, o qual adotava medidas de incentivo ao segmento. Diz ser lamentável que, apesar das inúmeras dificuldades que sofrem os pequenos empreendedores brasileiros, inclusive o contribuinte em tela, a Fazenda Estadual proceda com a exclusão unilateral, sob a suspeita de haver empresas familiares com a mesma composição societária, sem que tenha dado eficácia ao contraditório e ampla defesa, procedendo, por conseguinte, com diversas autuações retroativas, razões suficientes para a nulidade dessa exigência fiscal.

Aduz que, se no curso da ação fiscal o auditor constatar uma irregularidade concernente à caracterização do contribuinte como micro ou pequena empresa, não é o fiscal quem decide se o contribuinte continua ou não enquadrado no SimBahia. Deve o auditor comunicar o fato à repartição fiscal, para que a autoridade competente adote as providências que o caso requer. Já no tocante à infração e ao crédito tributário, aí, sim, o auditor tem competência para registrar o fato através do Auto de Infração. Trata-se, portanto, de dois procedimentos distintos. Cita legislação.

Sustenta que, caso haja modificação da situação jurídica do contribuinte, seja de ofício ou por decisão administrativa ou judicial, a autoridade administrativa só poderá proceder com os lançamentos sob o “novo enfoque”, dos fatos geradores que vierem a ser concretizados. Sendo assim, é inquestionável que a presente autuação fere todos os princípios constitucionais que regem o sistema normativo tributário, bem como o sistema infraconstitucional, constantes nos dispositivos expressos do Código Tributário Nacional, ensejando vícios que maculam ao presente lançamento de ofício, pois entende que o contribuinte foi desenquadrado indevidamente do regime SimBahia.

Invoca o princípio da não-cumulatividade, uma vez que as microempresas não fazem jus à apropriação nem transferência de créditos decorrentes das operações realizadas como fato gerador do ICMS. Assim, por essa razão, ao desenquadrar o autuado, é necessário que se conceda os créditos advindos das operações realizadas, para que os mesmos possam ser utilizados pela empresa, do que requer diligência para que sejam apurados os valores relativos aos créditos do ICMS.

No mérito, diz que a exigência do ICMS sob o regime normal de apuração foi concretizado através de informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização, o que além de deixar falhas, não corresponde com a realidade dos fatos, sendo inadequada e imprópria para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o tributo lançado, pois tais informações não correspondem com o fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte, uma vez que o

computador não era utilizado apenas como banco de dados para notas fiscais de venda, sendo meio inadequado para o levantamento de venda da empresa, haja vista que, neste maquinário, também, existia orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, que posteriormente não vinha a se concretizar, ou seja, a venda não era efetivada. Sendo assim, muitas informações utilizadas para apuração da base de cálculo da exação tratam, na verdade, de pseudo-orçamentos, além de comportarem documentos de controle interno da empresa, os quais não detêm qualquer relação com as notas fiscais de venda. Sustenta que a forma correta para apurar o suposto débito deveria advir de uma base de cálculo composta através de uma auditoria de caixa. Assim, entende que o método utilizado não encontra amparo na legislação. Pede a nulidade do lançamento de ofício.

Inerente à segunda infração, diz o defendant que também não merece prosperar, do que tece argumentações sobre a antecipação parcial, sustentando que as notas fiscais ao tratarem de vendas de peças de bicicletas são inadequadas nos moldes determinados pela legislação, em face da substituição tributária por antecipação, devendo ser anulada a cobrança.

Os autuantes ao prestarem a informação fiscal, às fls. 382 e 384 dos autos, quanto à alegação da decadência, aduzem que o entendimento dos auditores e do CONSEF é de que o fisco tem cinco anos, a contar do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que se venceu o prazo para pagamento fixado na legislação, para formalizar o crédito tributário não pago, no todo ou em parte, à época própria, do que cita Acórdão JJF nº 0033-02/10, tendo como base o art. 173, I, do CTN. Logo, a decadência dos créditos originados de operações realizadas até 31/12/06 ocorrerá a partir de 01/01/12.

Sobre a alegação de que a exclusão no regime SimBahia foi unilateral por parte da Secretaria da Fazenda, sem que tenha dado eficácia ao contraditório e a ampla defesa, os autuantes salientam que há equívoco por parte do contribuinte, pois jamais teve este tratamento, uma vez que, conforme fls. 10 (Histórico de Condição), a partir de 01/01/2006 houve sua opção para recolher o ICMS na condição de normal, fato que automaticamente o excluiu do SimBahia. Portanto, tal mudança foi de iniciativa do próprio contribuinte, logo sem imposição da SEFAZ. Registram que os créditos exigidos tomaram como base inicial a própria conta corrente do contribuinte registrada em seus livros fiscais, como demonstrada às fl. 35 dos autos.

No mérito, quanto à primeira infração, ressaltam que a ação fiscal decorreu de apuração de denúncia pela SEFAZ, que resultou em Mandado de Busca e Apreensão deferida pela Juíza da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador (fls. 13 a 33), de cuja medida decorreu a apreensão de computadores do contribuinte, cujos arquivos foram autenticados pela Secretaria de Segurança Pública (fls. 37 a 58), portanto idôneos, e utilizados na fiscalização. Assim, embora o contribuinte alegue que algumas transações se tratam de orçamentos cujas vendas não foram realizadas, as notas de vendas (VNs) apreendidas pela SEFAZ provam ao contrário, conforme amostra às fls. 150 a 185, nas quais as assinaturas nelas constantes provam que o material foi fornecido e recebido pelos clientes do autuado. Salientam, ainda, que em resposta a intimação procedida em 16/12/2009 (fl. 385), o proprietário da autuada declarou que as notas fiscais correspondentes às notas de vendas do exercício de 2006 a 2008, cujas notas fiscais não foram localizadas na apreensão, foram extraviadas (fl. 386), do que aduzem os autuantes que este fato comprova que as transações foram concluídas.

Destacam que a movimentação econômica do contribuinte no exercício fiscalizado evidencia a omissão de saída de mercadorias apurada, visto que nesse exercício de 2006 as entradas de mercadorias totalizaram R\$ 936.639,98, enquanto que as saídas montam R\$ 90.084,65 (fl. 35), cuja situação se verificou no exercício de 2005, quando as entradas somaram R\$ 748.612,75 e as saídas, R\$ 667.765,73, produzindo “VA” negativo de R\$ 80.847,02, conforme seus livros Registros de Entradas e Saídas.

No tocante à segunda infração, os autuantes aduzem que, na verdade, não foi exigida a antecipação parcial, como alega o autuado, mas, sim, o recolhimento a menos da substituição

tributária de peças para motocicletas, conforme previsto no art. 125, II, “b”, combinado com o art. 353, II, item 30. Logo, os valores contidos na planilha à fl. 315, referem-se às referidas peças automotivas contidas em notas fiscais de entrada do contribuinte, anexas à mesma planilha (fls. 316 a 342).

Diante do exposto, mantêm as infrações.

VOTO

O lançamento de ofício, ora em análise, imputa ao sujeito passivo o cometimento de duas infrações, com o débito exigido no montante de R\$ 72.880,93, consoante documentos apensos aos autos.

Inicialmente, rejeito o pedido de nulidade arguido pelo defendant, uma vez que o Auto de Infração preenche todas as formalidades legais previstas, não ensejando em qualquer violação ao devido processo legal e a ampla defesa do contribuinte. No caso presente, as descrições dos fatos infracionais estão devidamente claras, precisas e inteligíveis, encontrando-se fundamentadas em demonstrativos e documentos embasadores às acusações fiscais, inexistindo qualquer cerceamento ao pleno exercício do direito de defesa, o qual foi processado pelo contribuinte, sendo descabidas as suas alegações relativas à exclusão do regime do SimBahia, sem que tenha dado eficácia ao contraditório e ampla defesa, como também sobre o princípio da não-cumulatividade, uma vez que as microempresas não fazem jus à apropriação de créditos, visto que o contribuinte no exercício em que incidiu a ação fiscal (2006) se encontrava sob a condição do regime normal de apuração do ICMS, consoante prova o “Histórico da Condição”, à fl. 10 dos autos, como também prova o livro Registro de Apuração do ICMS, às fls 289 a 314 dos autos.

Também deixo de acatar a preliminar de decadência relativa aos créditos exigidos nos períodos compreendidos entre 1º de janeiro a 29 de março de 2006, pois decorrente da previsão legal contida no § 4º do artigo 150 do CTN, o qual dispõe que *“Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador...”*, a legislação pertinente no Estado da Bahia, insita no § 1º do art. 28 da Lei. nº 3.956/81 (Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB), fixou *o primeiro dia do exercício seguinte ao da ocorrência da hipótese tributária de incidência como o momento a partir do qual se iniciaria a contagem do prazo decadencial para constituição do respectivo crédito tributário*. Assim, quando da lavratura do Auto de Infração, em 28.03.2011, não havia operado a decadência do direito de a Fazenda Estadual constituir o crédito tributário relativo aos fatos geradores do citado período do exercício de 2006.

Igualmente descebe o pedido do autuado de realização de diligência para que fossem apurados os valores relativos aos créditos do ICMS, pois os créditos ora exigidos tomaram como base a própria conta corrente fiscal do contribuinte registrada em seus livros fiscais, conforme demonstrado à fl. 35 do PAF.

No mérito, melhor sorte não coube ao impugnante, pois são impertinentes suas alegações de que as informações constantes nos computadores apreendidos pela fiscalização são impróprias para consubstanciar a base de cálculo utilizada para calcular o tributo lançado, pois tais informações não correspondem com o fluxo real de vendas realizada pelo contribuinte.

E são impertinentes tais alegações defensivas porque, da análise da planilha de fl. 35, se verifica que os autuantes para a apuração do imposto exigido, a partir da conta corrente fiscal do autuado, acrescentaram as *notas de vendas* (VNs), sem emissão das correspondentes *notas fiscais*, conforme relação às fls. 59 a 149 dos autos, na qual consigna o número da “VN”, o destinatário, a data, o vendedor e o valor total da operação, cuja relação está consubstanciada através dos documentos (VN), por amostragem às fls. 150 a 185, nos quais consignam: código e descrição do produto, quantidade, preço, cliente com seus dados cadastrais e assinatura atestando o recebimento das mercadorias, numa prova inequívoca da realização das operações nelas consignadas, o que depõe contra alegação do autuado de que *neste maquinário, também, existia*

orçamentos realizados pelos vendedores, a pedido dos clientes, que posteriormente não vinha a se concretizar.

Assim, diante de tais provas contundentes, subsiste integralmente a primeira infração.

Inerente à segunda infração, a exação fiscal refere-se ao recolhimento a menos da antecipação tributária de peças para motocicletas, conforme previsto no 353, II, item 30, do RICMS, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, consoante planilha e documentos às fl. 315/342 dos autos, cuja alegação defensiva acerca da antecipação parcial não condiz com os fatos apurados. Exigência subsistente.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299430.0015/10-7**, lavrado contra **AILTON ARAÚJO DOS SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$72.880,93**, acrescido das multas de 60% sobre R\$3.175,06 e 70% sobre R\$69.705,87, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de agosto de 2011.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA