

A. I. Nº - 233014.0171/11-0
AUTUADO - LUCIMAR QUEIROZ DA SILVA
AUTUANTE - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS
ORIGEM - INFAC ITABERABA
INTERNET - 07.12.2011

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0314-04/11

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Razões de defesa insuficientes para elidir a presunção. Exigência subsistente. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. ENTRADA DE MERCADORIA. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Apenas relação de notas obtida no SINTEGRA não constitui prova suficiente da materialidade da ocorrência da infração. Infração nula. 3. SIMBAHIA. a) EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. NULIDADE. b) MICROEMPRESA. b.1) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. b.2) RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A própria empresa retificou a DME informando receita bruta maior da qual decorre a diferença do imposto devido. Rejeitada a preliminar de nulidade para a infração 5. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 15/06/11 exige o valor de R\$13.156,00, em razão das seguintes infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, relativa ao período março a dezembro 2006, maio e junho 2007, gerando um ICMS devido de R\$7.135,79, acrescido da multa de 70%;

Infração 02. Omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais, apresentadas através de DME, sendo proposta a multa de R\$ 373,28, equivalente a 5% sobre o valor das mercadorias. Período: junho 2007;

Infração 03. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$4.176,93, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia). Período: setembro a dezembro 2006, maio e junho 2007. Multa 50%;

Infração 04. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado do ICMS (SIMBAHIA), no valor de R\$985,00. Período: janeiro a maio 2006. Multa de 50%;

Infração 05. Recolheu a menos o ICMS no valor de R\$ 485,00, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia).

Às fls. 71/77 o autuado impugna o lançamento. Diz que na infração 01 esqueceu que a empresa trabalha com gêneros alimentícios tendo várias mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária e isentas. Assim, não poderia aplicar alíquota de 17% para toda mercadoria, inclusive porque estava enquadrado na condição de microempresa, estando desobrigado de obrigações acessórias, tendo em vista que o seu faturamento no ano de 2006 foi de R\$ 181.364,48.

Com relação à infração 02, alega que não foram apresentados os documentos fiscais que a caracterizam.

No que se refere à infração 03, destaca que o lançamento não poderia ser efetuado como Empresa de Pequeno Porte, mas sim como microempresa.

Transcrevendo o art. 384-A do RICMS/97, inclusive o §5º, diz que o limite de enquadramento em determinada faixa só poderia ser considerado ultrapassado se a receita bruta ajustada superasse em 20% aos limites respectivos, ainda que sua receita bruta seja inferior aos mesmos. Desse modo, só ultrapassaria o limite de microempresa se a receita bruta ajustada superasse R\$288.000,00 (R\$240.000,00 + 20%). Fala que sua receita bruta em 2004 não superou o limite para fins de desenquadramento, devendo, portanto, o ICMS ser apurado em 2005, como microempresa, pois só poderia ser re-enquadrada de ofício no mês subsequente ao da entrega da DME do exercício seguinte, ou seja, março de 2006 (§9º do art. 384-A, do RICMS).

Desse modo, alega que não havia motivo para exigir o ICMS em 2005 na qualidade de Empresa de Pequeno Porte. Entende que se houve re-enquadramento de ofício antes de janeiro de 2005 de microempresa para empresa de pequeno porte, constando, assim, no histórico de enquadramento da SEFAZ, o Fisco não poderia assim exigir o imposto, sem demonstrar que ele foi regularmente intimado do seu re-enquadramento na época. Por isso, entende arbitrária e ilegal a exigência fiscal. Como fundamento de seu entendimento, transcreve os arts. 5º, II, 150, I e 37 da Constituição Federal.

Quanto à infração 04, destaca que o autuante não observou o pagamento de DAE's do período janeiro, fevereiro e março que anexa.

Para a infração 05, diz que o autuante lançou valores de diferença de recolhimento que não ficara evidente a forma como achou a diferença, se tornando impossível qualquer direito de defesa.

Conclui pedindo que julgue procedente a defesa para desconstituir o crédito tributário, decretando a nulidade pelo acolhimento da preliminar, ou, no mérito, a sua improcedência.

O autuante, na sua informação fiscal (fls. 82 e 83), afirma: a) em relação à infração 01, a omissão resulta de saldo credor de caixa com aplicação da proporcionalidade indicada na IN 56/07, pois o contribuinte operou em média de 38% com mercadorias tributáveis, conforme demonstrativo anexado aos autos (fls. 08 e 14); b) entregou ao contribuinte todos os demonstrativos, inclusive notas fiscais, que originaram a infração 02, tendo ele cientificado o recebimento (fls. 26, 28); c) em relação à infração 03, no exercício 2006, a autuada recolheu a menos o ICMS na condição de EPP com base em sua DME retificadora transmitida em 14/09/07, onde foi verificada a mudança de faixa conforme planilha do ICMS, de empresas SimBahia, anexada aos autos (fl. 23). No exercício 2007, a partir de 01/04/2007, a autuada estava na condição de EPP, conforme histórico extraído do INCSEFAZ, recolhendo ICMS a menos em maio e junho, conforme demonstrativo de fl. 36; d) em relação à infração 04, diz que o ICMS dos meses janeiro, fevereiro e março 2006 não foram pagos e os DAE's anexados aos autos pelo autuado correspondem aos meses de outubro e novembro 2006, períodos distintos aos autuados; e) em relação à infração 05, a autuada recolheu a menos o ICMS na condição de microempresa com base em sua DME retificadora transmitida em 14/09/07 (demonstrativo de fl. 23), onde foi verificada a mudança de faixa.

Conclui mantendo a autuação.

VOTO

Na defesa, o autuado argüiu preliminar de nulidade por cerceamento do direito de defesa alegando que não foram apresentados os documentos relativos à infração 02 e, com relação aos valores exigidos na infração 05, não está evidente a forma como se achou a diferença.

Acolho o pedido de nulidade para a infração 02, pois a infração refere-se a 07 notas fiscais constando apenas cópia da 489656, obtida no CFAMT. Quanto às demais, consta nos autos apenas uma relação obtida no SINTEGRA, o que, conforme entendimento sedimentado neste Conselho, agravado, neste caso, pela falta de comprovação de entrega de cópia dos documentos fiscais ao contribuinte, não constitui prova suficiente da materialidade da ocorrência da infração, razões pelas quais declaro nula a sua autuação por cerceamento ao direito de defesa (art. 18, incisos II e IV, “a”, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF).

Por outro lado, rejeito a preliminar de nulidade suscitada para a infração 05, pois seus dados estão claramente indicados no demonstrativo de fl. 23, inclusive os relativos à receita bruta acumulada que determinam o enquadramento nas respectivas faixas de contribuição, cuja cópia foi entregue ao autuado, conforme recibo.

O auto de infração contém as formalidades dos arts. 38, 39, 41 e 42 do RPAF, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o Direito Administrativo ou o Direito Tributário, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal, estando determinados no lançamento o contribuinte autuado, o montante do débito tributário e a natureza das infrações apuradas, sendo precisamente indicados os dispositivos legais infringidos. O processo obedece ao princípio do devido processo legal e seus corolários de ampla defesa e contraditório, tendo o contribuinte demonstrado plena compreensão das infrações e, embora não apresentando demonstrativo ou documentos comprobatórios capazes de elidir a autuação, se defendeu das acusações fiscais sem qualquer dificuldade imposta pela parte contrária.

Como se vê nos demonstrativos de fls. 08 a 13, 32 a 34, no cálculo do ICMS devido na infração 01 se considerou apenas as mercadorias tributáveis que tiveram um percentual de 38% e 23% do total em 2006 e 2007, respectivamente, aplicando-se a proporcionalidade indicada na IN 56/07, o que retira substância da alegação defensiva de inclusão de mercadorias sujeitas à substituição tributária e isentas na apuração dos valores da infração 01.

Os dados da infração não foram objetados pelo impugnante, tendo ele exercido seu direito de defesa de forma ampla, sem qualquer óbice da parte contrária. Assim, estando descaracterizada a alegação defensiva, constato a subsistência da autuação.

Infração procedente.

Os valores da infração 03 estão demonstrados nas planilhas de fls. 23 e 36. Consta dos autos informação que o autuado em 14/09/2007 apresentou DME retificadora contendo receita bruta maior que a do período autuado e que serviu de base de cálculo do ICMS recolhido.

A alegação defensiva fala de receita bruta de 2004, como ano anterior, para dizer que não superou o limite de seu enquadramento. Entretanto, os dados que ela própria apresentou à SEFAZ na DME retificadora provam o acerto da autuação, pois, como lhe competia, não informou à SEFAZ os novos dados para ajustar oportunamente seu enquadramento para o correto pagamento do ICMS, tendo em vista a disciplina legal abaixo que vigia no período:

Redação anterior dada ao *caput* do art. 386-A pela Alteração nº 64 (Decreto nº 9513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05), efeitos de 01/09/05 a 30/06/07:
"Art. 386-A. A microempresa pagará mensalmente o imposto correspondente aos seguintes valores fixos, a serem determinados em função da receita bruta no ano anterior, nos termos do art. 384-A, e sem prejuízo da aplicação das disposições relativas à antecipação ou substituição tributária, sendo esta:

I - inferior ou igual a R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais): dispensado o pagamento; II - acima de R\$ 144.000,00 (cento e quarenta e quatro mil reais) e até R\$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais): R\$ 55,00 (cinquenta e cinco reais);

III - acima de R\$ 198.000,00 (cento e noventa e oito mil reais) e até R\$ 252.000,00 (duzentos e cinqüenta e dois mil reais); R\$ 120,00 (cento e vinte reais);

IV - acima de R\$ 252.000,00 (duzentos e cinqüenta e dois mil reais) e até R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais); R\$ 190,00 (cento e noventa reais);

V - acima de R\$ 306.000,00 (trezentos e seis mil reais) e até R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais);"

"Parágrafo único. Na apuração e recolhimento do ICMS, observar-se-ão as seguintes regras:".

Redação anterior do inciso IV do parágrafo único do art. 386-A pela Alteração nº 64 (Decreto nº 9513, de 10/08/05, DOE de 11/08/05), efeitos de 01/09/05 a 30/06/07:

"IV - quando a receita bruta acumulada ou o volume de entradas de mercadorias e serviços tomados dentro do próprio exercício ultrapassar o limite máximo da faixa em que estiver enquadrado, nos termos deste artigo, o contribuinte deverá informar à Secretaria da Fazenda os valores de entradas e serviços tomados e do faturamento obtidos no exercício, para efeito de determinação de novo valor mensal devido, até o dia quinze do mês subsequente àquele em que se configurar o fato determinante da alteração."

Considerando o recolhimento do ICMS menor que o devido, tendo em vista que a receita bruta objeto da autuação foi informada pela própria contribuinte em DME retificadora e não provando o recolhimento do imposto devido em face da diferença pela mudança de faixa de enquadramento, a autuação deve subsistir.

Infração procedente.

Com o intuito de elidir a infração 04, o contribuinte aporta aos autos cópias de DAE's às fls. 78 e 79, relativos aos meses referência 10 e 11/2006. Ocorre que na infração é exigido o ICMS relativo aos meses janeiro a maio de 2006 por falta de recolhimento ao Erário. Não tendo pertinência as provas apresentadas para elidir a acusação fiscal, confirma-se o cometimento da infração.

Infração procedente.

A infração 05 refere-se a recolhimento de ICMS a menos que o devido em consequência da re-apuração do valor devido por força do re-enquadramento do contribuinte em faixa superior ao do ICMS recolhido no período fiscalizado em face da DME retificadora que o próprio autuado apresentou em 14/09/2007, agora relativo aos meses junho, julho e agosto 2006, conforme demonstrado na planilha de fl. 23. Do mesmo modo que o visto na infração 03, não tendo o contribuinte autuado comprovado o pagamento do imposto devido em face da diferença pela mudança de faixa de enquadramento, a autuação subsiste.

Infração procedente.

Diante do exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA EM PARTE** do Auto de Infração, em face da nulidade da infração 02 e manutenção integral das demais.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 233014.0171/11-0, lavrado contra **LUCIMAR QUEIROZ DA SILVA**, devendo ser intimada para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 12.782,72**, acrescidos das multas de 70% sobre R\$7.135,79 e 50% sobre R\$ 5.646,93, previstas no art. 42, incisos III, I, "b", item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 29 novembro de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR