

PROCESSO - A. I. N° 206987.0322/10-7
RECORRENTE - ANTÔNIO MESSIAS SILVA SANTOS (A CINDERELA CONFECÇÕES E CALÇADOS)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0041-01/12
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 10/07/2013

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0215-11/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. A mera alegação do contribuinte, despida de provas, no sentido de que não ultrapassou o teto da Receita Bruta reservada às Microempresas, é incusiente para afastar a exigência do imposto de acordo com os padrões fixados para as Empresas de Pequeno Porte. Infração subsistente. 2. CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. SAÍDAS EM VALOR INFERIOR AO FORNECIDO PELA ADMINISTRADORA E INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDA DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS SEM DOCUMENTAÇÃO FISCAL. A presunção de vendas não oferecidas à tributação, relativas aos exercícios de 2006 e 2007, não se sustenta, uma vez que, em se tratando de auditoria motivada pelo encerramento das atividades mercantis e não tendo havido aquisição de novas mercadorias nesse período, já houve a exigência do imposto sobre o estoque residual apurado pelo contribuinte em 31/12/2005. Infração procedente em parte. 3. ESTOQUE FINAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. O imposto exigido sobre saldo de estoque deve levar em consideração as mercadorias obtidas ao regime de substituição tributária com encerramento de fase de tributação na entrada. Infração procedente em parte. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO PARCIALMENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão proferida pela 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0041-01/12), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, lavrada em 29/06/2010, para exigir ICMS no valor de R\$ 11.268,90 em decorrência do cometimento de cinco irregularidades distintas, sendo alvo do apelo apenas as seguintes:

INFRAÇÃO 1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia) nos meses de janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.803,85, acrescido da multa de 50%;

INFRAÇÃO 2. Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a dezembro de 2005, janeiro a junho, agosto a dezembro de 2006, janeiro e fevereiro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.083,22, acrescido da multa de 70%; e

INFRAÇÃO 5. Deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, sendo o montante a recolher apurado através de levantamento fiscal, em 31/12/2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 2.875,94, acrescido da multa de 70%.

Concluída a instrução do feito, a Junta de Julgamento Fiscal proferiu o acórdão recorrido, que apreciou o mérito da lide de acordo com os seguintes fundamentos:

"(...)

Diante do exposto, não acolho as preliminares de nulidade arguidas, pois o Auto de Infração foi lavrado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, além do que foram preservados o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inclusive com a realização de diligência e reaberto o prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para que pudesse exercer plenamente o seu direito, incorrendo quaisquer das hipótese de nulidade previstas no art. 18 do RPAF/99.

Quanto ao pedido de revisão por Auditor Fiscal estranho ao feito, indefiro a solicitação, pois considero desnecessária para solução da lide, em face de os elementos existentes nos autos se tornarem suficientes para Decisão da lide.

No mérito, no que tange à infração 01, constato que assiste razão ao autuante, pois o autuado deixou de recolher na o ICMS na condição de Empresa de Pequeno Porte, condição esta que se encontrava enquadrado desde 01/04/2001, conforme consta no Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação acostada aos autos pelo autuante.

Certamente, a alegação defensiva de que desconhecia tal enquadramento não pode prosperar, pois a exigência diz respeito ao exercício de 2005, isto é, mais de quatro anos após o reenquadramento.

Ademais, a alegação de que sua receita não ultrapassou o limite de R\$ 240.000,00, deveria ter sido apresentada à repartição fiscal, no intuito de que fosse reenquadrada como microempresa.

Diante disto, considero correta a exigência fiscal atinente a este item da autuação. Infração mantida.

No respeitante à infração 02, observo que diz respeito a apuração de saídas em valor inferior ao valor total fornecido por instituição financeira e/ou administradora de cartão de crédito o que enseja a presunção de que o sujeito passivo efetuou saídas de mercadorias tributadas sem pagamento do imposto devido.

Conforme dito linhas acima, esta Junta de Julgamento converteu o processo em diligência, a fim de que o autuado apresentasse a comprovação de suas alegações, demonstrando a correspondência entre os valores informados pelas administradoras de cartões com os cupons fiscais e notas fiscais emitidas, inclusive, com a entrega dos Relatórios TEF, não tendo o autuado apresentado qualquer comprovação de suas alegações, mesmo com a reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias.

Observo que o autuante considerou todos os valores consignados nas reduções Z (fls. 91 a 209), conforme os demonstrativos de fls. 11 a 14 dos autos, como pagamento com cartão de débito e crédito, descabendo, portanto, a alegação defensiva de que não foram considerados os valores dos cupons fiscais registrados nos documentos fiscais.

Relevante consignar que, apesar de ter sido intimado a apresentar dados atinentes à alegada proporcionalidade, conforme diligência solicitada por esta JJF, o autuado não atendeu a intimação, razão pela qual prevalece, no caso, a determinação da Instrução Normativa n. 57/2006, no sentido de que não sendo obtido ou apresentado pelo contribuinte dados que possibilitem o cálculo da proporcionalidade, o preposto fiscal lançará o ICMS devido utilizando como base de cálculo o valor total da omissão de operações de saída apurada.

Desta forma, este item da autuação é integralmente subsistente. Infração mantida.

(...)

Relativamente à infração 05, verifico que, inicialmente o autuante efetuara o cálculo do ICMS devido sobre o estoque, levando em consideração o término do exercício de 2005, em razão de não ter o contribuinte apresentado os elementos comprobatórios de movimentação referente ao exercício de 2006, inclusive a DME.

Entretanto, como na defesa apresentada o impugnante trouxe os elementos atinentes à redução Z do dia 03/01/2006 no valor de R\$ 117,00, o autuante de forma correta, acatou parcialmente as alegações defensivas e apresentou novo demonstrativo de débito (fls. 302 a 304), no qual demonstra os ajustes efetuados na apuração do valor R\$ 2.873,02, referente ao ICMS devido nesta infração, inclusive a forma de obtenção da base de cálculo, com a qual coaduno integralmente, inclusive com a MVA aplicada, haja vista que restou comprovado que o autuado deixou de recolher ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades.

Desta forma, a infração 05 é parcialmente subsistente no valor de R\$ 2.873,02.

Diante do exposto, as infrações 01, 02, 03 e 04 são subsistentes e a infração 05 parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração."

Inconformado, o contribuinte interpôs o Recurso Voluntário de fls. 437/448, aduzindo:

Infração 1: Diz que não poderia o autuante efetuar o lançamento em apreço com base em entendimento diverso do que a legislação estabelece, motivo pelo qual não poderia exigir em 2005 o recolhimento do ICMS na qualidade de Empresa de Pequeno Porte, e, sim, como microempresa.

Aduz que, da interpretação literal do art. 384-A, do RICMS/97, cujo teor transcreve, pode-se perceber que só consideraria ultrapassado o limite para enquadramento em determinada faixa ou condição no SimBahia se a receita bruta ajustada superasse 20% dos limites respectivos, ainda que sua receita bruta fosse inferior aos mesmos.

Afirma que a sua receita bruta no ano 2004 não supera o valor limite de Microempresa para fins de desenquadramento, devendo, assim, ser apurado o ICMS durante o exercício de 2005 como Microempresa, que só poderia ser reenquadrada de ofício no mês subsequente ao prazo de sua entrega do exercício seguinte, ou seja, março de 2006, conforme o §9º, do art. 384-A, do RICMS/97, caso superasse o valor, e não utilizando as alíquotas de Empresas de Pequeno Porte.

Salienta que a legislação do SimBahia na época dos referidos fatos geradores estabelecia que o reenquadramento de ofício dos contribuintes optantes pelo regime simplificado se daria no mês subsequente ao prazo de entrega da DME, ou seja, em março, conforme o art. 384-A § 9º c/c o art. 335 do RICMS/BA, cuja redação reproduz.

Diz que se observa que não havia motivo para exigir o ICMS em 2005 na qualidade de contribuinte enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, posto que é premissa exata que quaisquer atos administrativos se embasam na Lei.

Ressalta que, se houve reenquadramento de ofício da empresa antes de janeiro de 2005, para empresa de pequeno porte, constando, assim, no histórico de enquadramento da SEFAZ/BA, não poderia o Fisco estadual exigir o imposto como tal, sem demonstrar que foi regularmente intimado do seu reenquadramento na época.

Impugna o fundamento da Decisão recorrida, de que o seu reenquadramento na condição de EPP ocorreu desde 01/04/2001, conforme Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação, aduzindo que o seu reenquadramento se deu de ofício. Questiona como poderia recolher o valor devido sem tomar conhecimento do reenquadramento imposto pela fiscalização ou mesmo ter sido oportunizada manifestação acerca desse mesmo reenquadramento.

Sustenta que resta evidente o caráter arbitrário e ilegal do ato do Fisco, à medida que não encontra amparo em dispositivo legal que autorize a exação ora perpetrada, muito pelo contrário, vai de encontro ao baluarte da legalidade em que assenta o ordenamento jurídico tributário pátrio.

Tece ampla consideração sobre o princípio da legalidade, invocando o art. 5º, II, da Constituição Federal, bem como o art. 150 da mesma Carta Magna. Conclui, dizendo que o autuante deveria considerar que o contribuinte não supera os limites do art. 284-A, inciso I do RICMS, devendo, assim, o imposto ser apurado como microempresa, conforme DME de 2004, uma vez que o reenquadramento de ofício dos contribuintes optantes pelo SimBahia se dá apenas no mês subsequente ao prazo de entrega da DME e mediante regular intimação.

Infração 2: Afirma que o Auto de Infração merece ser revisto para ser julgado nulo ou mesmo procedente em parte ante a completa falta de previsão legal para a exigência do imposto que a exação fiscal considera devido.

Frisa que, conforme se vê dos papéis de trabalho, o lançamento encerra em si um patente equívoco consistente na exigência de imposto de mercadorias declaradamente já pago, quando da remessa dos referidos produtos (substituição ou antecipação tributária), isentos ou não tributáveis, como é o caso da parcela de mercadorias comercializadas pelo contribuinte que sofrem redução de base de cálculo.

Diz que a legislação tributária do ICMS, seja no âmbito do Estado da Bahia, seja no âmbito nacional, não traz qualquer menção de nova incidência do imposto, tributação sem previsão legal ou tributação em operação, ou parte de operação, em que a lei dispensa a exigência do imposto. E assim, não pode o lançamento fiscal, que é ato administrativo vinculado e regido pela lei, inovar as normas que regem as relações tributárias para exigir imposto sobre fato gerador já tributado ou não tributado.

Consigna que este CONSEF já se pronunciou em sede de processos administrativos contenciosos, corrigindo anomalias no mundo das relações jurídico - tributárias, como se vê das decisões que transcreve, no caso, o Acórdão JJF Nº. 0052-04/05, Resolução nº 1104/97.

Salienta que a interpretação deve ser dada em face da determinação constitucional, no caso, artigo 170, no sentido de beneficiar o empresário e não prejudicá-lo. Acrescenta que negar ao contribuinte o direito de dedução dos impostos já pagos, em sede de substituição ou antecipação tributária, ou até mesmo das parcelas não tributadas, via Auto de Infração, é destoar da Constituição Federal, que veda a bitributação e a exigência do imposto contra a lei ou sem previsão legislativa.

Destaca e reproduz as palavras do ilustre Relator Fernando Antônio Brito de Araújo da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, referentes a adoção da proporcionalidade, proferidas no Acórdão nº 0429-11/06.

Frisa que tal entendimento é tão pacífico que se tornou uma Instrução Normativa nº 56/2007, cujo teor transcreve.

Diz que nesse sentido, é mister que seja considerado sobre a base de cálculo da presunção, somente o percentual das mercadorias tributadas normalmente, ou seja, 29,86%, conforme aferido pelo autuante no exercício de 2005, contudo, não aplicado nos exercícios de 2006 e 2007.

Assevera que, restando comprovado que comercializava mercadorias que sofrem antecipação tributária, substituição tributária, isenção e/ou redução de base de cálculo, deve ser deduzido da base de cálculo o percentual das mercadorias com a fase de tributação encerrada, isentas ou não tributáveis.

Por tudo exposto, solicita que seja adequada a base de cálculo da presunção fiscal apurada ao percentual de saída de mercadorias pelo regime normal do estabelecimento autuado dos exercícios de 2006 e 2007, pugnando pela procedência em parte da infração.

Infração 5: Diz que o autuante aplica MVA diversa da atividade do contribuinte, cujo percentual é de 20%, e não 30%, conforme Anexo 89, do RICMS/97, vez que as mercadorias comercializadas pelo recorrente são artigos de vestuário e acessórios em geral.

Diz, ainda, que deveria ser deduzido da base de cálculo o valor relativo às operações isentas ou não tributadas ou cujo imposto já tenha sido recolhido por antecipação, conforme determina a norma (art. 63, do RICMS/97), cuja margem já foi levantada pelo próprio autuante nos papéis de trabalho da infração 2 (70,14%).

Pugna, ao final, pelo provimento do apelo ofertado.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fls. 452/453, manifesta-se pelo não provimento do Recurso, sob os seguintes argumentos; Infração 1 - o autuado encontrava-se enquadrado na condição de empresa de pequeno porte desde 01/04/2001; Infração 2 - conquanto intimado a apresentar documentos visando aferir a proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/2006, o autuado não

atendeu à intimação, inviabilizando o cumprimento da diligência; Infração 5 - esse item foi submetido à revisão pelo autuante, que considerou os documentos apresentados pelo sujeito passivo, revendo o valor do débito apurado.

VOTO

Não prospera o Recurso interposto pelo sujeito passivo com relação à infração 1. Com efeito, a Decisão recorrida fundamentou o seu entendimento no fato de o recorrente estar na condição de Empresa de Pequeno Porte desde 01/04/2001, o que está correto, consoante se observa do documento de fl. 305.

A despeito de o recorrente afirmar que jamais solicitou esse reenquadramento e que sua receita bruta jamais ultrapassou o teto estabelecido para as Micro Empresas, não apresentou provas que desse respaldo às suas alegações, pelo que deve incidir a regra contida no art. 143, do RPAF/99, segundo o qual a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de apresentar as provas capazes de infirmar a exigência fiscal.

Por absoluta ausência de provas das alegações recursais, deve ser mantida a Decisão, no particular.

Quanto à infração 2, verifica-se que a irresignação do recorrente restringe-se à aplicação da proporcionalidade prevista na Instrução Normativa nº 57/2006. De acordo com os demonstrativos elaborados pelo autuante, foi aplicada a proporcionalidade apenas quanto ao exercício de 2005 (fl. 10); a exigência relativa aos exercícios de 2006 e 2007 foi feita levando em consideração a base de cálculo integral, ou seja, sem abater a proporção das operações isentas, não tributadas ou com fase de tributação encerrada no ingresso das mercadorias (fls. 17 e 22).

Há, entretanto, questão antecedente que influencia no julgamento da exigência relativa aos exercícios de 2006 e 2007. Pelo que se observa da análise dos autos, a fiscalização no estabelecimento autuado decorreu de pedido de encerramento de atividades, tendo sido, inclusive, lançado na infração 05 o imposto relativo ao estoque final informado pelo próprio recorrente, apurado em 31/12/2005.

Está, portanto, compreendido no presente lançamento de ofício o imposto devido pelo sujeito passivo incidente sobre todo o seu saldo de estoque, não havendo qualquer acusação de que, nos exercícios posteriores (2006 e 2007) tenha havido aquisição de novas mercadorias não submetidas à tributação.

Nesse contexto, como todo o saldo de estoque do sujeito passivo já foi tributado, é inviável exigir-se o imposto desta infração 2, no que concerne aos exercícios de 2006 e 2007, pois não se pode falar em venda de mercadorias não oferecida à tributação.

Assim, dá-se provimento ao Recurso, no particular, para excluir desta infração as exigências relativas aos exercícios de 2006 e 2007, ficando a exigência reduzida para R\$510,51.

Por derradeiro, no que concerne à infração 5, a argumentação recursal procede em parte, uma vez que, pela dicção do art. 63, parágrafo único, do RICMS/97, devem ser excluídas da base de cálculo do imposto incidente sobre o estoque, quando do encerramento das atividades, as mercadorias com imposto já recolhido por antecipação: *A base de cálculo do ICMS, em caso de encerramento das atividades do estabelecimento, excetuada a hipótese de sucessão, é o valor das mercadorias inventariadas, acrescido dos percentuais previstos nos Anexos 88 e 89, a menos que se trate de mercadorias cujas operações sejam isentas ou não tributadas ou cujo imposto já tenha sido recolhido por antecipação.*

Para o exercício de 2005, quando foi levantado o estoque de encerramento de atividades, o autuante apurou que 70,14% das operações realizadas pelo sujeito passivo não sofreram mais a incidência do ICMS, tanto que esse percentual foi aplicado para a exigência relativa à infração 02

(fl. 10). Logo, é de ser reduzido idêntico percentual da base de cálculo desta infração 5, porque se referem a mercadorias sobre as quais o ICMS não mais incide.

Com relação à MVA, o percentual de 35% adotado pelo autuante está correto, pois previsto no Anexo 88, Item 34, conforme redação conferida pelo Decreto n° 8.413/2002, vigente à época do fato gerador.

Mercece, assim, provimento o Recurso interposto, quanto a este item 5, reduzindo o montante lançado para R\$858,75.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o presente Auto de Infração, reduzindo as infrações 2 para R\$510,51 e 5 pra R\$858,75. Quanto aos demais itens, fica mantida a Decisão de primeira instância.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206987.0322/10-7, lavrado contra **ANTONIO MESSIAS SILVA SANTOS**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$7.679,00**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.803,85, 60% sobre R\$4.505,89 e 70% sobre R\$1.369,26, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 3, II, alíneas “d” e “f” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2013.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FÁBIO DE ANDRADE MOURA - RELATOR

ROSANA MACIEL BITTENCOURT PASSOS – REPR. DA PGE/PROFIS