

PROCESSO - A. I. Nº 233014.0171/11-0
RECORRENTE - LUCIMAR QUEIROZ DA SILVA (ACRIATIVA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 4ª JJF nº 0314-04/11
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 11.06.2013

3ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0222-13/13

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Nulidade da infração em razão da ausência das notas fiscais, que não foram juntadas aos autos e nem apresentadas ao contribuinte. Cerceamento do direito de defesa. Infração Nula. 2. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. A própria empresa retificou a DME informando receita bruta maior da qual decorre a diferença do imposto devido. Infração caracterizada. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra decisão que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração lavrado no valor de R\$13.156,00, em razão de cinco infrações, sendo objeto do recurso apenas as seguintes:

INFRAÇÃO 1. 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 3. 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%;

Em Primeira Instância, foi mantida a infração 1:

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.

A infração 3 também restou subsistente:

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 cinquenta e dois mil reais): R\$ 120,00 (cento e vinte reais);

IV - acima de R\$ 252.000,00 (duzentos e cinquenta 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.

Inconformado, o contribuinte apresentou Recurso Voluntário.

Alega o cerceamento de defesa quanto à infração 1, pois, no seu entender, foi apresentada uma planilha pelo autuante que constava pagamentos de Notas Fiscais sem apresentação da origem dessas despesas. Diz que não é possível saber de onde surgiu tais despesas, pois, não foram apresentadas as cópias para apuração da veracidade das mesmas. Sustenta que se tornou muito comum se pegar dados do CFAMT sem que o contribuinte tenha informações e apurar saldo credor de caixa sem anexar cópias das prováveis despesas.

Diz que, ainda que fosse apresentada tal documentação, o autuante não poderia tributar toda mercadoria com alíquota de 17%, haja vista que sua atividade é de gêneros alimentícios, sendo a maioria das mercadorias isentas, substituição tributária e alíquotas de 7% (produtos da cesta básica). Diz que a manutenção da infração já é uma penalidade injusta, e que a cobrança com alíquota de 17% sem atribuir o crédito presumido para o autuado é uma penalidade incompreensível.

Insurge-se contra a infração 3 reiterando o quanto exposto na defesa inicial, pois entende que o simples fato de retificar uma DME não justifica arbitrar valores de enquadramento, pois a mudança de faixa de enquadramento se daria no ano posterior à apresentação da DME. Transcreve o quanto alegado por ele em sua Impugnação.

Expressamente acata a decisão de Primeira Instância quanto às demais infrações.

O Parecer da PGE/PROFIS, fls. 114/116, da lavra do Procurador José Augusto Martins Junior, opina pelo não provimento do Recurso Voluntário. Aduz que a proporcionalidade requerida pelo recorrente já foi efetivada, conforme se percebe no demonstrativo de fl. 08.

Quanto ao argumento recursal de que “*não havia motivo para exigir ICMS em 2005 na qualidade de Empresa de Pequeno Porte*”, assevera que a decisão recorrida está correta, pois a receita bruta objeto da autuação foi informada pelo próprio contribuinte em DME retificadora, não existindo prova do recolhimento do imposto devido em face da diferença pela mudança de faixa de enquadramento.

VOTO

Quanto à preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, observo que o procedimento adotado pelo autuante não está de acordo com a legislação tributária e causou cerceamento de defesa ao contribuinte.

Frise-se que nos documentos que acompanham o auto de infração não constam todas as notas fiscais comprobatórias das despesas que acarretaram no saldo credor de caixa. Ou seja, não foram apresentados ao contribuinte todos os documentos que comprovam o fato que dá ensejo à presunção legal de omissão de saídas.

Constam nos autos apenas duas notas fiscais, as quais nem mesmo foram apresentadas ao contribuinte.

Segundo o §4º do art 4º da Lei nº 7.014/96 a constatação de saldo credor de caixa dá ensejo à presunção legal de omissão de saídas pelo contribuinte, pois, a ausência de registro das despesas realizadas é indício de que o contribuinte não tem como justificar de onde veio a receita para o pagamento de tais despesas, dando ensejo à presunção legal (*júris tantum*) de que esta receita adveio de vendas de mercadorias omitidas.

Tal presunção legal somente pode ser aplicada quando restar comprovado pela fiscalização a ocorrência do saldo credor de caixa. Além disso, admite-se que o contribuinte apresente prova em sentido contrário, a qual é capaz de elidir a presunção legal.

No caso em análise, a ausência da totalidade das citadas notas fiscais acarretam a ausência de comprovação do saldo credor de caixa, além de impossibilitar que o contribuinte faça a prova de que tal saldo credor não existiu, o que cerceia o seu direito de defesa.

Ademais, além deste vício insanável, há de se observar, quanto a uma das notas fiscais constantes nos autos do processo, que a data do fato gerador da infração deve ser considerada como a data do vencimento, do faturamento da nota, conforme consta na nota fiscal 032.814 (fl. 18), e não a data da emissão da nota fiscal.

Acato, portanto, a preliminar de nulidade.

Quanto à infração 3, observo que o contribuinte, desde a Impugnação, insiste na tese defensiva de que não se pode exigir ICMS em 2005 na qualidade de Empresa de Pequeno Porte, pois ele seria uma Microempresa. Todavia, não assiste razão ao contribuinte, não havendo qualquer motivo para alterar a decisão recorrida. Note-se que esta infração decorre simplesmente do reenquadramento em razão do faturamento da empresa, que deixou de ser micro e passou a ser de pequeno porte. Tal reenquadramento decorreu da receita bruta informada pelo próprio contribuinte na sua DME retificadora.

Face ao exposto, resta subsistente a infração 3.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário, para declarar a nulidade da infração 1 e julgar procedente a infração 3.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALEMNTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a

Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **233014.0171/11-0**, lavrado contra **LUCIMAR QUEIROZ DA SILVA (ACRIATIVA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$5.646,93**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, item 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de maio de 2013.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE

RAFAEL BARBOSA DE CARVALHO FIGUEIREDO – RELATOR

MARIA JOSÉ COELHO RAMOS LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS