

<b>PROCESSO</b>	- A. I. N° 196900.1002/13-9
<b>RECORRENTE</b>	- TOPMIXX ATACADO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO LTDA.
<b>RECORRIDA</b>	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
<b>RECURSO</b>	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 5ª JJF nº 0235-05/14
<b>ORIGEM</b>	- INFRAZ JEQUIÉ
<b>INTERNET</b>	- 13/05/2015

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF N° 0103-11/15

**EMENTA:** ICMS. CONTA "CAIXA". SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS, LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Empresa optante do Regime de Apuração do Simples Nacional. Exclusão dos lançamentos em duplicidade, relacionados aos financiamentos bancários, efetuados pelo autuante na reconstituição da conta "Caixa". Revisão operada na fase de informação fiscal. Não acatados os demais argumentos defensivos. Não acolhida as preliminares. Decretada, de ofício, a redução da multa de 100% para 75% conforme os arts. 44, I da Lei nº 9.430/96 c/c 35 da LC nº 123/2006. Modificada a Decisão recorrida quanto à penalidade aplicada. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão da 5ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 30/09/2013 para cobrar ICMS e multa no valor de R\$25.685,84, em decorrência do cometimento de 1 (uma) infração, a seguir transcrita:

*Infração 01 - Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Total da infração R\$25.685,84. Multa de 100%.*

Foram apresentadas Defesa tempestiva às fls. 243 a 249, pugnando pela improcedência da infração 1, por entender que não houve omissão de saídas, e a correspondente Informação Fiscal pelo autuante às fls. 334 a 338, acolhendo parte das alegações defensivas, concluindo pela procedência parcial do Auto de Infração.

Regularmente instruído, o processo foi a julgamento pela 5ª JJF, que decidiu, por unanimidade, pela procedência da exigência fiscal, com base nas considerações a seguir transcritas, *in verbis*:

#### VOTO

*O presente processo trata de exigência fiscal lançada através de Auto de Infração, junto à empresa optante do Regime de Apuração do "Simples Nacional" com a seguinte imputação:*

*"Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Valor exigido: R\$ 25.685,84, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, inc. III, da Lei nº 7.014/96".*

*O contribuinte, na peça de defesa, contestou a sistemática de apuração do tributo. Alegou a ocorrência de "bis in idem" ou bitributação, visto que o auditor fiscal computou os valores das parcelas do financiamento (operações a prazo) e o total das operações de entrega dos ativos, consignadas nas notas fiscais, duplicando a base de cálculo do imposto exigido. Pediu a exclusão dos valores lançados nas notas fiscais por não corresponderem a um efetivo desembolso de numerário.*

*Disse ainda que foram também agregados na base de cálculo do ICMS valores relacionados a acréscimos de juros do financiamento, tributáveis pelo IOF, de competência da União, mas não sujeitos à incidência do imposto estadual de circulação de mercadorias.*

*Por fim, a defesa sustenta que o autuante considerou transferência de mercadorias e devoluções de compras como efetivos pagamentos ou desembolsos de dinheiro, creditando esses valores como fato gerador do ICMS.*

*No tocante a alegada duplicidade de exigência fiscal, envolvendo o efetivo pagamento ou desembolso dos financiamentos e os valores totais registrados nas notas fiscais, e as repercussões na conta caixa da empresa, o autuante, na fase de informação fiscal, promoveu as correções, conforme evidenciado nos Demonstrativos*

juntados às fls. 339 a 366, com a inclusão da "Reconstituição da Conta Caixa".

Com isso o valor do débito foi reduzido, de R\$ 25.685,84 para R\$ 17.184,28, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO				
Seq Déb	Data Ocorrência	Data Vencimento	Valor Histórico	Valor Julgado-JJF
1	31/08/2010	09/09/2010	2.089,90	1.702,28
2	31/10/2010	09/11/2010	7.596,54	6.128,26
3	30/11/2010	09/12/2010	1.714,92	1.369,77
4	31/12/2010	09/01/2011	1.167,80	889,40
5	31/01/2011	09/02/2011	3,57	3,48
6	28/02/2011	09/03/2011	177,71	112,08
7	31/03/2011	09/04/2011	332,13	297,72
8	30/04/2011	09/05/2011	328,61	231,25
9	31/05/2011	09/06/2011	3.316,58	2.706,25
10	30/06/2011	09/07/2011	1.853,48	1.588,42
11	31/07/2011	09/08/2011	2.091,12	1.377,32
12	31/08/2011	09/09/2011	440,8	71,72
13	30/09/2011	09/10/2011	2.770,97	39,68
14	31/10/2011	09/11/2011	24,77	0
15	30/11/2011	09/12/2011	512,43	170,83
16	31/12/2011	09/01/2012	1.264,51	495,82
<b>TOTAL</b>			<b>25.685,84</b>	<b>17.184,28</b>

O contribuinte foi notificado da revisão operada neste parte da infração, mas não apresentou contestação, no prazo que lhe foi ofertado, de 10 (dez) dias, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal - RPAF/99.

Com relação à inserção na base de cálculo do ICMS de valores relacionados a acréscimos de juros do financiamento, as alegações defensivas não se sustentam, isto porque na apuração do saldo credor de Caixa, não importa a natureza do pagamento ou desembolso. Esses desembolsos podem ter efetuados para pagar salários, fornecedores, financiamentos bancários ou qualquer outro tipo de despesa.

Nos termos art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, se o contribuinte apresentar saldo credor no caixa ou na conta disponibilidade, significa que o mesmo efetuou os desembolsos que suportaram esses pagamentos com receitas omitidas, autorizando a norma legal presumir que essas receitas foram geradas de operações de venda de mercadorias ou prestações de serviços tributadas pelo ICMS.

Vejamos a literalidade da disposição legal mencionada:

Art. 4º - Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º - Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa.

Por fim, a defesa sustentou que o autuante considerou transferência de mercadorias e devoluções de compras como efetivos pagamentos ou desembolsos de dinheiro, creditando esses valores como fato gerador do ICMS. Não há qualquer prova que evidencie esse acontecimento apontado na peça defensiva. O autuado não informou quais operações e que valores ou montantes foram computados no levantamento fiscal. Destituída de base probatória essa alegação.

Frente ao acima exposto nosso voto é pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, em total concordância com a revisão efetuada pelo autuante na informação fiscal.

Inconformado com a Decisão, a empresa interpõe tempestivamente Recurso Voluntário, às fls. 451 a 456, objetivando a revisão do julgamento. Após breve resumo dos fatos e da Decisão guerreada, passa a discorrer sobre as razões do seu Recurso.

Após lembrar que as nulidades podem ser alegadas a qualquer tempo, diz que o Auto de Infração é nulo por não ter sido lavrado conforme os termos da Lei Complementar nº 123 e das Resoluções CGSN nº 30 e nº 51, ambas de 2008, incidentes no caso, já que o autuado, no período de ocorrência do fato gerador, era empresa optante do Simples Nacional, devendo o levantamento fiscal atentar para as regras específicas desta situação.

Assevera que, no caso em questão, o lançamento foi embasado no RICMS/BA e na Lei nº 7.014/96.

Dentro desse quadro, alega ser clara a nulidade, que deve ser declarada por essa CJF, “pois não

*há mínima certeza sobre o valor correto supostamente devido, incidindo no caso o art. 18, IV, “a” do RPAF”.*

Lembra que em caso idêntico, o Auto de Infração nº 196900.1001/13-2, em que o recorrente também é autuada, a 3ª Câmara de Julgamento Fiscal por meio do Acórdão JJF nº 0249-03/14 adotou este mesmo entendimento pela nulidade.

Nesta toada, afiança que o caso padece de vício insanável, não podendo prevalecer sem afronta à lei, devendo a nulidade do Auto de Infração ser declarada.

No mérito, caso ultrapassada a questão preliminar, reafirma as suas teses já colocadas na impugnação, quais sejam:

- “1) *De que as aquisições de ativo immobilizado realizadas pelo autuado foram operações a prazo e financiadas pelo Cartão BNDES e por outras instituições financeiras (doc. anexos), logo o valor das notas fiscais não corresponde à saída do caixa no mês da compra;*
- 2) *Como as aquisições foram financiadas, o autuado lançou mês a mês o valor das parcelas pagas, as quais contém acréscimos de juros de financiamento, o que por vedação constitucional não é fato gerador de ICMS, daí que o autuante indevidamente alargou a base de cálculo do imposto, considerando a base de cálculo do IOF como fato gerador do ICMS;*
- 3) *Além disto, o autuante incorreu em bis in idem, posto que lançou o valor da nota fiscal com o preço à vista da mercadoria, e lançou também o valor das parcelas pagas durante o período fiscalizado do financiamento destas mesmas mercadorias, encontrando aí um enorme saldo credor, o que lhe fez concluir, equivocadamente, que o autuado omitiu saída de mercadorias;*
- 4) *O autuante ainda considerou a transferência de mercadorias para uso e consumo e a devolução de compras da próprio autuado como pagamentos, e consequentemente, creditou estes valores como fato gerador de ICMS, cobrando imposto indevido;”*

Ao final de seu arrazoado, pede pelo Provimento do Recurso Voluntário, para que seja reconhecida da nulidade do Auto de Infração ou, alternativamente, sejam observadas as regras do Simples Nacional e as razões de defesa.

## VOTO

Temos sob análise Recurso Voluntário contra a decisão da 5ª JJF que julgou Parcialmente Procedente o Auto de Infração lançado pela suposta omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada pelo saldo credo de caixa.

Em que pese a tese defensiva de nulidade, entendo que foram respeitados todos os ditames legais das normas da Lei Complementar nº 123 e das Resoluções CGSN nº 30 e nº 51.

Neste sentido, pontuo que as alíquotas aplicadas às ocorrências, variaram, mês a mês, consoante a regra da Lei Complementar que indica tal alteração conforme o faturamento dos últimos 12 meses. Tal aspecto está preservado consoante o demonstrativo de fl. 07 dos autos, que expõe toda a metodologia aplicada para apuração do ICMS lançado, segundo as regras do Simples Nacional.

Assim, afasto as preliminares suscitadas pelo Contribuinte.

Quanto ao mérito, percebo que todas as argumentações tecidas pelo contribuinte em sede de recuso já foram devidamente analisadas pelo próprio Autuante, em sede de informação fiscal, o que gerou a diminuição do débito originalmente apurado de R\$ 25.685,84 para R\$ 17.184,28.

Cura ressaltar que a revisão fiscal não foi rechaçada pelo Contribuinte, que se quedou inerte após regularmente intimado, sendo que as argumentações recursais agora apresentadas, meras repetições das teses defensivas já analisadas.

Logo, a duplicidade apontada com o pagamento dos financiamentos em operações a prazo já foram consideradas. Assim, caberia ao Contribuinte apontar novos erros específicos na apuração revisada pelo Autuante em sua informação fiscal e que foi base do julgamento de piso.

Quanto a tese de transferências de mercadorias e devoluções de compras como efetivos pagamentos ou desembolsos de dinheiro, apontado a fiscalização como fato gerador do ICMS,

mais uma vez não houve a correspondente prova que demonstre esses fatos apontado, motivo pelo qual, não a acato, consoante os artigos 141 e 143 o RPAF, abaixo transcritos, *in litteris*:

*Art. 141. Se qualquer das partes aceitar fato contra ela invocado, mas alegar sua extinção ou ocorrência que lhe obste os efeitos, deverá provar a alegação.*

(...)

*Art. 143. A simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.*

No que tange a presunção, como bem apontou os Julgadores de primo grau, a Lei nº 7.014/96 determina, no seu artigo 4º, §4º a ocorrência do fato do gerador do ICMS quando for constatada saldo credor de Caixa. Trata-se de presunção relativa, que cabe prova em contrário, como, aliás, restou demonstrado e apontando pelo Contribuinte quanto ao financiamento e pagamento em parcelas, o que ocasionou a redução do débito.

Assim, a infração é parcialmente subsistente, consoante julgamento de piso.

Entretanto, entendo que não está correta a multa sugerida pela fiscalização ao caso em tela.

Consoante a inteligência do art. 35 da Lei Complementar nº 123 de 2006, aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive em relação ao ICMS, conforme abaixo sevê:

*Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.*

Por seu turno, o artigo 44, inciso I da Lei nº 9.430/96 assim determina:

*Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

*I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;*  
(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Diante desse quadro normativo, de ofício, reduzo o percentual da multa aplicada para 75%, consoante os termos do art. 44, I da Lei nº 9.430/96.

Pelo todo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário e, de ofício, altero a multa de 100%, para 75% da infração 1.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e, de ofício, reduzida a penalidade aplicada, para modificar a Decisão recorrida e julgar PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 196900.1002/13-9, lavrado contra **TOPMIXX ATACADÃO MATERIAL PARA CONSTRUÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$17.184,28**, acrescido da multa de 75%, prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/96 c/c o art. 35 da LC 123/06 100%, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de abril de 2015.

RUBENS BEZERRA SOARES - PRESIDENTE

RODRIGO LAUANDE PIMENTEL – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS