

A. I. Nº - 152605.3011/16-4
AUTUADO - J A JÚNIOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. - EPP
AUTUANTE - AILTON DE OLIVEIRA SANTOS
ORIGEM - INFAZ CRUZ DAS ALMAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24.04.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0031-02/17

EMENTA: ICMS. 1. REGIME ESPECIAL UNIFICADO DE TRIBUTOS E CONTRIBUIÇÕES DEVIDOS PELAS MICROEMPRESAS E EMPRESAS DE PEQUENO PORTE - SIMPLES NACIONAL. ERRO NA INFORMAÇÃO DA RECEITA E/OU ALÍQUOTA APLICADA A MENOS. NÃO RECOLHIMENTO DE PARTE DO ICMS. Infração não contestada objetivamente. **2.** CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de comprovação do ingresso de aportes de receitas indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração ora apreciado foi lavrado em 30 de setembro de 2016 e refere-se à cobrança de ICMS no valor de R\$50.699,75 bem como multas, pela constatação das seguintes infrações:

Infração 01. **17.02.01.** Efetuou recolhimento a menor do ICMS declarado referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, implicando, desta forma, em não recolhimento de parte do ICMS, devido a erro na informação de receita e/ou de alíquota aplicada a menor, ocorrência constatada nos meses de maio de 2012 a outubro de 2014, dezembro de 2014, janeiro a junho, setembro a dezembro de 2015. Valor: R\$5.706,03. Multa de 75%.

Infração 02. **17.03.07.** Deixou de recolher o ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na contabilidade, presumida pela constatação de suprimento de caixa sem comprovação da origem do numerário, demonstrado pela existência de saldo credor na conta caixa, no montante de R\$44.993,72, além da multa de 150%, para fatos ocorridos nos meses de janeiro a julho, setembro e outubro de 2012, janeiro a setembro e novembro de 2013, maio a setembro, novembro e dezembro de 2014, janeiro a agosto de 2015.

A empresa autuada apresentou impugnação ao lançamento constante às fls. 13 e 14, onde informa que por erro na aquisição de bens para o ativo imobilizado para terceiros, que foi repassado para os devidos proprietários, conforme declaração de propriedade de veículos, os declarantes confirmam o pagamento do valor da entrada dos mesmos, e dos demais pagamentos (prestações de financiamento e manutenção).

Entende que se há algum tipo de penalidade a ser lançada que deveria ser realizada contra os verdadeiros proprietários, e não contra a empresa.

Finaliza, solicitando reavaliação do lançamento, ou o seu cancelamento.

Informação fiscal constante às fls. 24 a 26 esclarece que a Lei 6.348/91 dispõe sobre o IPVA, e as declarações apresentadas não podem ser consideradas, diante do fato de que no relatório emitido pelo sistema de IPVA da SEFAZ consta como proprietária dos mencionados veículos a empresa autuada, diante do seu CNPJ, e que a transferência do veículo deve ser realizada toda vez que o mesmo mudar de dono.

Aponta que não pode haver aplicação, sem que haja origem do recurso, questionando qual seria a origem de tais aplicações, o documento fiscal que acobertou as saídas ditas ocorridas e o que comprovaria o ingresso dos recursos das mesmas.

Questiona ainda se as receitas oriundas dessas saídas figuram no PGDAS/PGDAS-D cuja transmissão antecedeu à lavratura do Auto de Infração, ratificando o teor da acusação e seus valores, concluindo pela procedência total do lançamento.

VOTO

O lançamento constitui-se em duas infrações arroladas pela fiscalização, objeto de defesa por parte da empresa autuada.

O autuante, quando da lavratura do Auto de Infração, descreveu com precisão as infrações cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, a previsão legal da multa, os prazos para interposição de defesa, ou usufruto do benefício de redução dos percentuais de multa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no artigo 39 do RPAF/99, razão pela qual inexistem questões preliminares a serem apreciadas.

Tanto é assim que a empresa autuada compareceu ao processo, exercendo de forma irrestrita o seu direito de ampla defesa, prova disso é que abordou todos os aspectos da infração trazendo fatos e argumentos que ao seu entender elidiriam a mesma, com precisão e exercendo sem qualquer restrição o contraditório.

Quanto ao mérito, a empresa autuada não contesta os fatos, ao contrário, ao afirmar que ocorreu erro na aquisição de bens para o ativo imobilizado para terceiros, tendo os repassado para os devidos proprietários, conforme declaração de propriedade de veículos, os declarantes confirmam o pagamento do valor da entrada dos mesmos, de demais pagamento (prestações de financiamento e manutenção), em verdade está confirmando a acusação fiscal na infração 02. Quanto à infração 01, nada argumenta de forma objetiva, o que me leva a mantê-la.

Para desconstituir o lançamento, porém, deveria trazer as necessárias e devidas provas, o que o não o faz, apenas argumentando de forma frágil, tendo em sede de informação fiscal, o autuante reiterando que os veículos arrolados se encontram devidamente registrados como propriedade da empresa autuada, não tendo qualquer valor jurídico ou legal as declarações trazidas em sede defensiva.

Concordo com o autuante, cabendo aqui a aplicação dos artigos 142 e 143 do RPAF/99, segundo os quais a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, uma vez que a autuada apenas trouxe declarações sem valor legal, as quais não comprovam de forma efetiva a tese defensiva, no sentido de não ser devido o imposto em tais situações.

Todavia, ao contrário, o autuante acostou documentos que desmentem as afirmações da defesa, no sentido da propriedade dos veículos adquiridos pela empresa, e a permanência destes em sua propriedade legal.

No caso específico da segunda infração, ocorrendo ingresso de recursos financeiros no patrimônio da empresa, a lei presume que os mesmos são originários de operações de venda de mercadorias sem emissão dos correspondentes documentos fiscais. Caberia, então, ao contribuinte produzir a prova necessária para a desconstituição da acusação fiscal.

Tal presunção é o resultado de um processo mental, fruto da associação que se forma entre determinado fato conhecido (fato-base) cuja existência é certa, e um fato desconhecido, cuja existência é provável (fato presumido), mas que tem relação direta com aquele.

Dessa forma, temos a presunção legal, que só pode ser estabelecida pela lei, sendo classificada em presunção absoluta (*Juris et de Jure*) ou relativa (*Juris Tantum*), onde a primeira não admite prova que possa contrariar o fato presumido e a segunda pode ser desmentida mediante prova que a desconstitua.

A legislação do ICMS do Estado da Bahia estabelece dentre outras hipóteses, na Lei nº 7.014/96, com alteração dada pela Lei nº. 8.542/02, que a ocorrência do fato gerador do imposto quando o fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Trata-se, pois, de uma presunção legal, que possui o caráter de relativa, aceitando a prova que a contradite, bastando para isso, fossem trazidos ao feito os elementos que o sujeito passivo tivesse para elidir a acusação fiscal, o que não o fez de forma totalmente satisfatória.

Importa ressaltar que, contrariamente à argumentação do autuado, neste caso específico da acusação fiscal, como se trata de presunção cabe a ressalva de aceitação de prova contrária, o que, não aconteceu em sua totalidade, apesar das afirmativas constantes da defesa apresentada, não tendo trazido de forma completa, prova que comprovasse as suas alegações, e que fosse de encontro à acusação fiscal, apesar do lapso de tempo decorrido entre a apresentação da defesa e o momento deste julgamento, vez que sabidamente, tal hipótese é uma das poucas em que há a inversão do ônus da prova, cabendo, neste caso, a chamada prova negativa, ou seja, aquela que contradita a acusação fiscal.

Isso por que os documentos apresentados no intuito de descaracterizar a acusação fiscal foram frágeis e incompletos, conforme observado acima. Assim, a infração corretamente foi lançada contra a empresa, e não contra qualquer outro terceiro. Infração mantida.

Todavia, observo em relação à mesma que o autuante, quando do lançamento, sugeriu a aplicação da multa no percentual de 150%, com base no artigo 44, I, e § 1º, da Lei Federal 9.430/96.

Todavia, verifico da leitura do referido dispositivo legal que a multa prevista no inciso I do artigo 44 da mencionada lei é de 75%, e não de 150%, como consta no lançamento. Já § 1º do artigo 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “*nos casos previstos nos artigos. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964*”.

Desta maneira, na redação acima, verifica-se que a multa deve ser agravada apenas nos casos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64. O artigo 71 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinções ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos). Já o artigo 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento). E o artigo 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido, sendo que tais figuras não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é atribuído ao contribuinte e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata. Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples, consoante descrição no Auto de Infração.

Não sendo a infração qualificada, como abordado acima, a multa aplicável deve ser de 75%, e com tal fundamento, de ofício, reduzo a multa proposta para a infração 02, corrigindo o seu percentual de 150% para 75%, conforme prevê o multi citado diploma legal.

Por estes motivos, julgo o feito procedente, com redução da multa na infração 02.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **152605.3011/16-4** lavrado contra **J A JÚNIOR COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.699,75**, acrescido da multa de 75%, prevista na Lei Federal 9.430/96, na redação dada pela Lei 11.488/07, artigo 44, inciso I, além dos acréscimos legais.

Sala de Sessões do CONSEF, 21 de março de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA - JULGADOR