

**PROCESSO** - A. I. Nº 151914.3026/16-8  
**RECORRENTE** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECORRIDO** - ANDREIA MOURA LISBOA TOURINHO (AM ALUMINIOS) - EPP  
**RECURSO** - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 5ª JFJ nº 0105-05/17  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO ANTÔNIO DE JESUS  
**PUBLICAÇÃO** - INTERNET: 05/03/2018

## 2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0005-12/18

**EMENTA:** ICMS. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Foi identificada dubiedade da imputação, associada à inexistência dos elementos essenciais à apuração do imposto devido. Foi verificado que o “*Demonstrativo da Apuração dos Cálculos do Simples Nacional*”, à fl. 04 dos autos, através do qual a fiscalização demonstra como apurou o imposto devido, não se ajusta a nenhuma das duas possíveis imputações (suprimento de caixa de origem não comprovada ou saldo credor na conta caixa), visto que foram utilizadas as compras efetuadas pela empresa, sobre elas se aplicou a MVA prevista no art. 289, §17, IV do RICMS/2012, se encontrou a alíquota do Simples Nacional, aplicou-se aquela pertinente ao ICMS, foi apurado o imposto devido e deduzido do valor recolhido pela empresa. Não há, portanto, identidade entre a forma de apuração do imposto devido no presente demonstrativo e a imputação que deveria ser extraída do levantamento, não realizado, da conta caixa. Com fundamento no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, é nulo o lançamento de ofício por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício interposto contra Decisão que julgou pela Nulidade do Auto de Infração em epigrafe, lavrado em 23/12/2016, para exigir recolhimento do imposto no valor de R\$107.861,47, bem como multa no percentual de 150%, pela constatação da seguinte infração abaixo descrita: “*Infração 01. 17.03.07. Deixou de recolher o ICMS em razão de saídas de mercadorias sem emissão de documentos fiscais e escrituração na Contabilidade.*”.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, a 5ª JFJ, decidiu, por unanimidade e com base no voto condutor do Relator de primeiro grau, abaixo transcrito, pela Nulidade do Auto de Infração, como segue:

### VOTO

*O presente lançamento de ofício, ora impugnado, imputa ao sujeito passivo a infração nos seguintes termos: “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.” (grifo nosso).*

*Consta à fl. 04 dos autos o “Demonstrativo de Apuração dos Cálculos do Simples Nacional”, através do qual o autuante demonstra como apurou o imposto devido, alvo da presente exigência tributária. Verifico que, no*

*aludido demonstrativo, a fiscalização utilizou as compras efetuadas pela empresa, aplicou a MVA prevista no art. 289, §17, IV do RICMS/2012, encontrou a alíquota do Simples Nacional, aplicou aquela pertinente ao ICMS, apurando, assim, o imposto devido, que foi deduzido do valor recolhido pela empresa, encontrando o imposto ora exigido no presente lançamento de ofício.*

*Ao verificar a arguição de nulidade alinhada pelo sujeito passivo, apesar de não acolher com a fundamentação consignada na peça defensiva, entendo que há vício insanável do presente Auto de Infração, materializado, inicialmente, pela descrição da infração que se assenta no “suprimento de caixa de origem não comprovada, demonstrada pela existência de saldo credor na conta caixa”.*

*Pelo que pude entender se trata de um suprimento de caixa não comprovado que foi demonstrado através do saldo credor de caixa, contudo a fundamentação legal, com base no art. 4º, §4º, I, da Lei 7.014/96, indica que se trata de saldo credor de caixa, bem como a informação fiscal. Ocorre que em ambos os casos, a imputação em lume só poderia ocorrer através do levantamento da conta caixa e, conforme se verifica nos autos, não há qualquer demonstração de existência do aludido levantamento, que deve registrar inúmeros outros lançamentos, além dos resultantes das compras e vendas de mercadorias, tendo em vista que a empresa se encontra em plena atividade.*

*A apuração do suprimento de caixa de origem não comprovada deflui diretamente dos registros contábeis do sujeito passivo, ou seja, da existência de lançamentos específicos e pontuais realizados pelo próprio autuado a débito em seu livro Caixa, em relação aos quais o sujeito passivo não consegue comprovar a origem dos recursos daqueles específicos lançamentos. No presente caso a inexistência da conta Caixa não permite tal apuração, bem como o levantamento apenas das compras das mercadorias não permite tal conclusão, cabendo extrair dos específicos lançamentos que suprem o caixa as suas origens não comprovadas, o que não se verifica nos autos.*

*O exame preliminar, do presente lançamento de ofício, é conclusivo quanto a sua nulidade, na medida em que foi imputada simultaneamente ao sujeito passivo a presunção de omissão de saída de mercadorias através do suprimento de caixas de origem não comprovada e através de saldo credor de caixa, que são infrações cuja apuração se origina de elementos probatórios distintos realizados através do levantamento da conta caixa, que, conforme já alinhado, não foi realizado.*

*Além da dubiedade da imputação, associada à inexistência dos elementos essenciais à apuração da infração, verifico que o “Demonstrativo da Apuração dos Cálculos do Simples Nacional”, à fl. 04 dos autos, através do qual o autuante demonstra como apurou o imposto devido, não se ajusta a nenhuma das duas imputações, visto que foram utilizadas as compras efetuadas pela empresa, sobre elas se aplicou a MVA prevista no art. 289, §17, IV do RICMS/2012, se encontrou a alíquota do Simples Nacional, aplicou-se aquela pertinente ao ICMS, foi apurado o imposto devido e deduzido do valor recolhido pela empresa. Não há, portanto, identidade entre a forma de apuração do imposto devido no presente demonstrativo e a imputação que deveria ser extraída do levantamento, não realizado, da conta caixa.*

*Diante do exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com base no art. 18, IV, “a” do RPAF/BA, visto que são nulos os lançamentos de ofício que não contiverem elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.*

A JJF recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

## **VOTO**

Observo que a decisão da 5ª JJF desonerou o sujeito passivo, extinguindo o crédito tributário de R\$107.861,47, mais multa de 150%, montante este que justifica a remessa necessária do presente feito para reanálise nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, o contribuinte é acusado de efetuar saídas e 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. O sujeito passivo anexa peça defensiva, a fl. 24 dos autos, argumentando que a empresa adquiriu a matéria-prima relacionada conforme Notas Fiscais, e estava pleiteando um contrato de fabricação dos produtos com uma Indústria da qual possuía todos os maquinários para a produção dos mesmos. Seria praticada uma operação de remessa para industrialização e que logo após o retorno, seria feita a operação das vendas dos produtos. Saliencia que este processo tornou-se um pouco demorado em função de preço na negociação. Diante deste fato,

solicita que o Auto de Infração seja anulado, e os que permita fazer a operação pleiteada e em seguida a emissão das Notas Fiscais de Saída dos produtos.

Em sua informação fiscal, o autuante, na fl 30, dos autos, afirma que a empresa em sua defesa informa que adquiriu matéria-prima e estava pleiteando um contrato de fabricação dos produtos com uma indústria da qual possuía todos os maquinários para a produção dos mesmos.

O autuante faz as seguintes considerações:

- a) Como poderia a mesma estar aguardando em contrato com uma empresa para a industrialização de seus produtos, se a mesma já havia comercializado as mesmas como mostra o demonstrativo de saídas de mercadorias às fls. 06 e 07, a empresa já estava comercializando desde maio de 2016.
- b) A autuada momento algum em sua defesa refere-se ao fato da autuação que é o saldo credor em seu caixa. Não explicando como foram adquiridas as receitas para compra da matéria-prima (mercadorias) no valor de R\$265.127,51, pois este é o motivo da autuação.
- c) Após efetuarmos diligência foi constatado a não existência da empresa, então, fomos à procura da proprietária que foi localizada trabalhando na firma GL Indústria de Vidros Ltda.-EPP.

O autuante analisa a argumentação da autuada e afirma que não sendo verificado nada que, justifique o pedido da autuada referente ao processo, opina pela procedência total do Auto para o pagamento do ICMS mais a multa aplicada.

Há de ressaltar que a decisão da 5ª JF para julgar Nulo o Auto de Infração em epígrafe decorreu do acolhimento da preliminar arguida pelo sujeito passivo de ilegalidade do procedimento adotado para apuração do imposto, por se tratar de empresa inscrita no regime do Simples Nacional, tendo o lançamento decorrente de levantamento quantitativo de estoque, adotado a cobrança do imposto com base no normal de apuração, ignorando sua condição de optante do Simples Nacional.

Registre-se que, nos termos do art. 21, § 1º, da Resolução CGSN 94/2011, com base no art. 18 da LC 123/2006, que trata do cálculo dos tributos pelas ME ou EPP optantes pelo Regime do Simples Nacional, estabelece que o valor devido a recolher será determinado mediante a aplicação das alíquotas constantes das tabelas dos Anexos I a V-A, sobre a receita bruta total mensal, sendo que, para efeito de determinação da alíquota, o sujeito passivo utilizará a receita bruta total acumulada auferida nos doze meses anteriores ao do período da apuração.

Por sua vez, no capítulo relacionado à “Omissão de Receitas”, o art. 82, §2º, da citada Resolução estabelece que se aplicam todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional, porém, apenas nas hipótese em que o lançamento do ICMS decorra de constatação de aquisição, manutenção ou saídas de mercadorias ou de prestação de serviços sem documento fiscal ou com documentos fiscal inidôneo, nas atividades que envolvam fiscalização de trânsito e similares, os tributos devidos serão exigidos observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas não optantes pelo Simples Nacional.

Assim, resta claro o acerto da Decisão recorrida ao anular o Auto de Infração, pois, em se tratando de omissão de saídas de mercadorias com base em levantamento quantitativo de estoque em estabelecimento comercial optante do Simples Nacional, não possui amparo legal a exigência do imposto sob o regime normal de apuração, conforme ocorreu no lançamento de ofício, pois, tal apuração só é aplicada nas atividades que envolvem fiscalização de trânsito e similares, consoante previsto no art. 82, §2º, da Resolução 94/11 do CGSN, aplicável aos fatos geradores ocorridos até 31.08.2015, visto que o referido dispositivo legal foi revogado pela Resolução 122/15 do mesmo Comitê Gestor, com efeitos a partir d 01.09.2015, data da publicação no Diário Oficial da União.

Portanto, reitero a recomendação para a autoridade fazendária da circunscrição fiscal da autuada

determinar o refazimento da Ação Fiscal a salvo da falha apontada, observando o prazo decadencial.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício para manter a Decisão recorrida.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício interposto e homologar a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **151914.3026/16-8**, lavrado contra **ANDREIA MOURA LISBOA TOURINHO (AM ALUMINIOS) - EPP**.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de janeiro de 2018.

MAURICIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

WASHINGTON JOSÉ SILVA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS