

PROCESSO - A.I. Nº 206926.0029/01-5
RECORRENTE - E. ROCHA DE SOUZA SILVA ME
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0436-02/02
ORIGEM - INFAZ ITAMARAJU
INTERNET - 14/03/03

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0067-11/03

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROMEPPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS. Infração caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. MICROEMPRESA COMERCIAL VAREJISTA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS NAS AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. Infração caracterizada. 3. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas, e também não contabilizadas. Presunção legal não elidida. Por tratar-se de contribuinte inscrito no SIMBAHIA, e ter sido o débito deste item apurado pelo regime normal, o lançamento foi adequado à Orientação Normativa 01/2002, com a dedução dos créditos fiscais, visando preservar o princípio da não cumulatividade. Reduzido o débito e aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/10/2001, e reclama o ICMS no valor de R\$ 27.421,84, sob acusação do cometimento das seguintes infrações:

1. Recolhimento a menor do ICMS no valor de R\$8.976,64, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), alusivo ao período de janeiro de 1999 a dezembro de 2000, conforme demonstrativos às fls. 12 a 15.
2. Falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação tributária, no total de R\$11.026,98, por contribuinte inscrito na condição de microempresa comercial varejista, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, inerentes ao período de janeiro de 1998 a dezembro de 2000, conforme demonstrativo às fls. 118 a 120.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$7.418,22, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, relativa ao período de janeiro de 1999 a dezembro de 2000, conforme demonstrativos às fls. 174, 197 a 198.

O sujeito passivo através de seu representante legal em sua defesa constante às fls. 244 a 247 alega que a diferença apurada no levantamento do autuante que resultou na infração 01 decorre da aplicação diferenciada do TVA, porquanto os valores recolhidos levou em conta a TVA prevista à

época dos fatos geradores. Quanto a infração 02, diz que houve capitulação equivocada ao fato, ressaltando que como ocorreu a entrada de mercadorias no estabelecimento sem a devida tributação, e tratando-se o estabelecimento autuado de uma microempresa dispensada de escriturar as notas fiscais, seria aplicável o disposto no artigo 322 do RICMS/97 combinado com o artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96. No caso da infração 3, o defendente utilizando o mesmo argumento do item precedente, assevera a impossibilidade de assegurar a ocorrência de omissão de saídas sem que tenha sido efetuado um levantamento quantitativo de estoques. Por fim, requer a improcedência do Auto de Infração, ou caso contrário, seja procedido o enquadramento dos fatos relatados nos itens 02 e 03 ao estatuído no artigo 322 do RICMS/97 combinado com o artigo 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96.

Na informação fiscal às fls. 248 a 250, o autuante rebate as razões da defesa dizendo que a TVA utilizada na apuração do débito relativo ao item 01 está correta, pois corresponde a prevista pela legislação, frisando que o autuado não apresentou nenhum demonstrativo em sentido contrário. Com relação a infração 02, o preposto fiscal sustenta que a apuração do débito está respaldado no artigo 391-A do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Finalmente o item 3, o autuante esclarece que a exigência fiscal decorre de omissão de saídas de mercadorias, por presunção legal, cujo contribuinte não comprovou a improcedência dessa presunção.

VOTO DO RELATOR DA 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL NA DECISÃO RECORRIDA

“Na análise das peças processuais, verifica-se que as razões da defesa são incapazes para elidir o trabalho fiscal, eis que, o autuado não trouxe aos autos qualquer prova ou levantamento no sentido de comprovar as suas alegações.

No caso da infração 1, observa-se que a mesma refere-se a recolhimento a menor do ICMS devido na substituição tributária sobre as entradas de mercadorias oriundas de outras Unidades da Federação, na condição de microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA), durante o período de janeiro de 1999 a dezembro de 2000. O débito encontra-se devidamente demonstrado e documentado através das cópias das respectivas notas fiscais apresentadas pelo autuado (docs. fls. 12 a 117). Com relação ao TVA utilizado no cálculo do imposto devido, observo que não assiste razão ao autuado, cujos percentuais de 30% e 40% foram utilizados corretamente, pois são os previstos para cada mercadoria no Anexo 88 do RICMS/97, vigentes à época dos fatos geradores.

Enquanto a infração 1 refere-se a recolhimento a menor, a infração 02 concerne a falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação tributária, por contribuinte inscrito na condição de microempresa comercial varejista, apurado com base nas notas fiscais coletadas no CFAMT, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 118 a 196. Logo, o argumento defensivo do sujeito passivo que estaria sujeito a multa por falta de escrituração das notas fiscais no livro fiscal próprio, é descabido, pois o fulcro da autuação não foi a falta de contabilização de entradas, mas sim, a falta de antecipação tributária, na condição de microempresa comercial varejista nas aquisições interestaduais de mercadorias. Portanto, considerando que o estabelecimento autuado estava inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia como microempresa comercial varejista, nessa condição, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores (art. 371, II, “a”, “2”, do RICMS/97), nas aquisições interestaduais, estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto, por antecipação tributária, referente às operações subseqüentes. Não havendo provas de que o autuado tivesse recolhido os valores apurados no trabalho fiscal, procede a autuação.

No que concerne à infração 3, o débito refere-se a falta de recolhimento do ICMS referente a omissão de saídas de mercadorias apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, com base nas cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT constantes às fls. 175/196 e 199/242.

Na defesa fiscal o autuado cogitou a possibilidade de aplicação sobre o montante das mercadorias não registradas da multa prevista no art. 42, incisos IX e XI da Lei nº 7.014/96. Não assiste razão ao sujeito passivo, como veremos adiante.

Na análise dos demonstrativos que serviram de base a autuação (fls 174 e 197/8), verifica-se que o “ICMS PAGAR” foi apurado respectivamente para cada nota fiscal mediante a aplicação dos percentuais de 10% e 5% previstos no caso de multa por escrituração de notas fiscais na escrita fiscal, não obstante a infração 03 – 05.05.1 está descrita como omissão de saídas e o débito ter sido demonstrado a alíquota de 17%.

Quando é detectada a falta de entradas não registradas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT neste caso, a legislação tributária autoriza a presunção legal (parágrafo 3º, art 2º do RICMS/97) de omissão de saída de mercadorias sem a tributação devida. Por se tratar de uma presunção legal, caberia ao autuado trazer aos autos a prova da origem do numerário utilizado no pagamento das aquisições. Como não o fez, entendo que está caracterizado o cometimento da infração, incorrendo o contribuinte, na condição de microempresa inscrito no SIMBAHIA, na situação prevista no inciso V do art. 408-L do RICMS/97, devendo, neste caso, o imposto ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Ocorre, que em virtude do lançamento do crédito tributário deste item decorrer da infração prevista no inciso III do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e considerando que o contribuinte no período estava inscrito no SIMBAHIA, e o débito foi calculado pelo regime normal, visando assegurar-lhe o direito de compensação dos créditos fiscais, para preservar a legalidade da exigência fiscal foi feita pelo autuante a adequação do aludido lançamento, à Orientação Normativa nº 01, de 10/07/2002, emitida pelo Comitê Tributário da SEFAZ/BA, ficando assim, preservado o princípio da não cumulatividade do imposto, cujo débito relativo ao período do exercício de 2000 fica modificado para o valor do ICMS de R\$4.916,20 conforme demonstrativo à fl. 253, devendo também, a data de ocorrência ser modificada para 31/12/00, tendo em vista que o cálculo da receita omitida (RO) e dos créditos fiscais foi apurado levando em conta o montante das operações do período.

Quanto ao débito do exercício de 1999, observo que levando-se em consideração que naquele exercício, no caso de contribuinte inscrito no SIMBAHIA não havia previsão para considerar como omissão grave a falta de contabilização de entradas de mercadorias, pois o mesmo não estava obrigado a escrituração do livro fiscal. Contudo, conforme o próprio autuado cogita, observo que no caso seria cabível a aplicação da multa equivalente a R\$120,00, conforme previsto no art. 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, por omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através da DME. Desse modo o débito da infração 03 fica modificado para o valor de R\$5.036,20, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DO DÉBITO DA INFRAÇÃO 03 - 05.05.01

DATA OCORR.	DATA VENCTO	BASE DE CÁLCULO	ALIQ.(%)	MULTA (%)	VLR DO DÉBITO
31/12/1999	31/12/1999	-	-	-	120,00
31/12/2000	31/12/2000	28.918,82	17	70	4.916,20
TOTAL DO DÉBITO					5.036,20

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 25.039,82. “

RECURSO VOLUNTÁRIO

Devidamente intimado a tomar ciência do resultado do julgamento realizado pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que exarou o Acórdão Recorrido pela Procedência Parcial do Auto de Infração em epígrafe, o contribuinte inconformado com o resultado do julgado impetrou o presente Recurso Voluntário, arguindo:

“Que entende que faltam ao procedimento administrativo os pressupostos válidos a dar nascimento a obrigação tributária.

Quanto à Infração 1, a Decisão encontra-se totalmente divirtuada do quanto preceitua a legislação de regência, porquanto na apuração do valor do ICMS foi aplicado o quanto disposto no artigo 61, II, letras “a” e “b”.

Observa que, das mercadorias relacionadas no artigo 353, II e IV, não se encontra qualquer daquelas constantes das notas fiscais, que serviram de base ao Auto de Infração, devendo por conseguinte se aplicado o comando da letra “b” do mesmo artigo, que por sua vez determina seja aplicado o anexo 89.

No que diz respeito à infração 2, também não pode prosperar o decidido, eis que, tratando-se de microempresa, a antecipação tributária é consequência do arquivamento em ordem cronológica das notas fiscais.

Em não ocorrendo este arquivamento, caracterizado está que ocorreu entrada de mercadoria no estabelecimento sem o devido oferecimento a tributação, ou seja, sem o devido oferecimento a tributação, portanto, a penalidade a ser aplicada é a capitulada no artigo 42, IX da Lei nº 7.014/96.

Quanto a Infração 3, observa o recorrente que o autuante se pautou por presunção, o que foi acatado pelos julgadores.

Por se tratar de presunção, quem deve trazer aos autos elementos comprobatórios da análise era o autuante e não o autuado como que os julgadores, ante o Constitucional princípio do contraditório e da ampla defesa.

Por isso, na parte não reconhecida, é também descabida a Decisão, ante a fundamentação acima.

Assim, a Decisão ora guerreada, não anulando o procedimento administrativo, merece ser reformada, porque o referido procedimento encontra-se desprovido de legalidade, em total dissonância do contraditório pleno e sem dar ao contribuinte o direito de ampla defesa.

Face ao exposto, espera o recorrente que a Egrégia Câmara dê Provimento ao presente Recurso para, reformando a Decisão Recorrida, julgar improcedente o Auto de Infração lavrado, por ser de direito e merecida JUSTIÇA.

A PROFAZ forneceu Parecer de fl. 279, nos seguintes termos:

“Da análise das razões expendidas no Recurso, consideramos ausentes argumentos jurídicos capazes de provocar revisão do Acórdão Recorrido.

No lançamento fiscal hostilizado os fatos geradores do ICMS encontram-se identificados com clareza solar, não tendo o contribuinte apresentado qualquer prova capaz de elidir a presunção de legitimidade da ação fiscal, em que pese tenha exercido regularmente o seu direito de defesa. Com efeito, o recorrente não corroborou uma única prova para justificar a origem dos Recursos não contabilizados.

Ante o exposto, nosso opinativo é pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do Recurso.”

VOTO

Diante da análise dos documentos acostados aos autos, constatei que no Recurso Voluntário trazido à lide pelo recorrente estão ausentes argumentos jurídicos que possibilitem a revisão do Acórdão Recorrido.

Verifiquei que a empresa/recorrente alega a ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Entretanto, consta no Processo Administrativo Fiscal em comento a sua impugnação ao feito, de fls. 244 a 247 e as fls. 270 e 271, o seu recurso. Pergunto: Onde consta a ofensa aos princípios do contraditório? É óbvio que não existe. Quanto as suas outras irresignações, foram elucidadas pelo Acórdão exarado e ora recorrido. Os fundamentos insertos no voto de 1ª Instância levam este relator a adotá-los e a transcrevê-los em parte:

“Infração 1, o débito encontra-se devidamente demonstrado e documentado através das cópias das respectivas notas fiscais apresentadas pelo autuado (docs. fls. 12 a 117). Com relação ao TVA utilizado no cálculo do imposto devido, observo que não assiste razão ao autuado, cujos percentuais de 30% e 40% foram utilizados corretamente, pois são os previstos para cada mercadoria no Anexo 88 do RICMS/97, vigentes à época dos fatos geradores.

Infração 2 concerne a falta de recolhimento do ICMS substituto por antecipação tributária, por contribuinte inscrito na condição de microempresa comercial varejista, apurado com base nas notas fiscais coletadas no CFAMT, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, conforme demonstrativo e cópias de notas fiscais às fls. 118 a 196. Logo, o argumento defensivo do sujeito passivo que estaria sujeito a multa por falta de escrituração das notas fiscais no livro fiscal próprio, é descabido, pois o fulcro da autuação não foi à falta de contabilização de entradas, mas sim, a falta de antecipação tributária, na condição de microempresa comercial varejista nas aquisições interestaduais de mercadorias. Portanto, considerando que o estabelecimento autuado estava inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS do Estado da Bahia como microempresa comercial varejista, nessa condição, de acordo com a legislação vigente à época dos fatos geradores (art. 371, II, “a”, “2”, do RICMS/97), nas aquisições interestaduais, estava obrigado a efetuar o pagamento do imposto, por antecipação tributária, referente às operações subseqüentes. Não havendo provas de que o autuado tivesse recolhido os valores apurados no trabalho fiscal, procede a autuação.

Na análise dos demonstrativos que serviram de base a autuação (fls 174 e 197/8), verifica-se que o “ICMS PAGAR” foi apurado respectivamente para cada nota fiscal mediante a aplicação dos percentuais de 10% e 5% previstos no caso de multa por escrituração de notas fiscais na escrita fiscal, não obstante a infração 03 – 05.05.1 está descrita como omissão de saídas e o débito ter sido demonstrado a alíquota de 17%.

Quando é detectada a falta de entradas não registradas com base em notas fiscais coletadas no CFAMT neste caso, a legislação tributária autoriza a presunção legal (parágrafo 3º, art 2º do RICMS/97) de omissão de saída de mercadorias sem a tributação devida. Por se tratar de uma presunção legal, caberia ao autuado trazer aos autos a prova da origem do numerário utilizado no pagamento das aquisições. Como não o fez, entendo que está caracterizado o cometimento da infração, incorrendo o contribuinte, na condição de microempresa inscrito no SIMBAHIA, na situação prevista no inciso V do art. 408-L do RICMS/97, devendo, neste caso, o imposto ser exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais.

Ocorre, que em virtude do lançamento do crédito tributário deste item decorrer da infração prevista no inciso III do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e considerando que o contribuinte no período estava inscrito no SIMBAHIA, e o débito foi calculado pelo regime normal, visando assegurar-lhe o direito de compensação dos créditos fiscais, para preservar a legalidade da exigência fiscal foi feita pelo autuante a adequação do aludido lançamento, à Orientação Normativa nº 01, de 10/07/2002, emitida pelo Comitê Tributário da SEFAZ/BA, ficando assim, preservado o princípio da não cumulatividade do imposto, cujo débito relativo ao período do exercício de 2000 fica modificado para o valor do ICMS de R\$4.916,20 conforme demonstrativo à fl. 253, devendo também, a data de ocorrência ser modificada para 31/12/00, tendo em vista que o cálculo da receita omitida (RO) e dos créditos fiscais foi apurado levando em conta o montante das operações do período.

Quanto ao débito do exercício de 1999, observo que se levando em consideração que naquele exercício, no caso de contribuinte inscrito no SIMBAHIA não havia previsão para considerar como omissão grave a falta de contabilização de entradas de mercadorias, pois o mesmo não estava obrigado a escrituração do livro fiscal. Contudo, conforme o próprio autuado cogita, observo que no caso seria cabível a aplicação da multa equivalente a R\$120,00, conforme previsto no art. 42, inciso XVIII, alínea “c” da Lei nº 7.014/96, por omissão de dados ou da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais exigidas através da DME.” Observo, que o valor do débito reclamado na infração 3, foi reduzido de R\$7.418,22 para R\$5.036,20, conforme foi demonstrado no voto adotado.

O recorrente, ao entendimento deste relator, perdeu a grande oportunidade de demonstrar com provas a origem dos recursos não contabilizados.

Assim, concedo o meu voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário apresentado, mantendo integralmente a Decisão Recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206926.0029/01-5, lavrado contra **E. ROCHA DE SOUZA SILVA ME**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$24.919,82**, atualizado monetariamente, acrescido das multas de 50% sobre R\$8.976,64; 60% sobre R\$11.026,98 e 70% sobre R\$4.916,20, previstas no art. 42, I, “b”, II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios correspondentes, além da multa no valor de **R\$120,00**, prevista no inciso XVIII, do artigo da citada lei.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de fevereiro de 2003.

ANTONIO FERRREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

NELSON TEIXEIRA BRANDÃO – RELATOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ - REPR. DA PROFZ