

**PROCESSO** - A.I. Nº 299.314.0016/02-1  
**RECORRENTE** - M. & F. COMERCIAL LTDA.  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 2ª JJF nº 0108-02/03  
**ORIGEM** - INFAZ CAMAÇARI  
**INTERNET** - 29.05.03

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF Nº 0264-11/03

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. MICROEMPRESA/EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS POR ERRO NA APURAÇÃO DOS VALORES DO IMPOSTO. EXIGÊNCIA FISCAL APURADA PELO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO. Infração caracterizada, cujas razões não elidem o lançamento ex officio respaldado na legislação tributária em face do desenquadramento do contribuinte do regime SIMBAHIA. 2. LIVROS FISCAIS DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EXIBIÇÃO AO FISCO. MULTA. O não atendimento das intimações respaldam a aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória. Imputação não elidida. Mantida a Decisão Recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

## RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário previsto no art. 169, I, “b” do RPAF/99, interposto pelo sujeito passivo, face à Decisão proferida na 2ª Junta de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0108-02/03 que julgou o Auto de Infração Procedente, cuja ação fiscal aponta recolhimento a menos de ICMS no valor de R\$373.605,12, em decorrência de erro na apuração dos valores do imposto na condição de empresa de pequeno porte nos exercícios de 1998 a 2000, no cálculo da receita bruta ajustada, sendo desenquadrada na forma prevista no art. 406, incisos IV e VII do RICMS/BA, e exigência de multa de R\$370,00, por falta de atendimento de intimação para apresentação de livros e notas fiscais de saídas.

A Decisão recorrida manteve a autuação, tendo o relator considerado que referente à infração 2 o autuado não esclareceu por que não atendeu as sucessivas intimações de fls. 11 a 15 dos autos, e referente às notas fiscais de saídas não apresentadas, considerou que o fato de constar no Termo de Arrecadação às fls. 16 e 17 a observação de que dos documentos solicitados não foram entregues notas fiscais no total de 932, entendeu que estava caracterizada a infração.

Quanto ao item 1, tomou por base os esclarecimentos constantes na descrição da infração, em que se constatou que o contribuinte no ano de 1999 estava inscrito no SimBahia na condição de Microempresa e que a partir de 2000, como Empresa de Pequeno Porte, efetuou recolhimento a menos, segundo a sua receita bruta ajustada, o que ensejou o desenquadramento do regime por se verificar a hipótese prevista no art. 408-L do RICMS/97, e que a situação caracterizava o procedimento fiscal que está inserto no art. 408-S, em que se considera devida a apuração do imposto pelo regime normal de forma retroativa uma vez que não constava dos autos que o contribuinte tivesse comunicado tal fato à repartição fiscal.

Asseverou que o débito estava demonstrado às fls. 18 e 19 dos autos, da apuração do imposto pelo regime normal onde o autuante através da elaboração do conta corrente fiscal levou em conta os créditos destacados nas notas fiscais de aquisições e os débitos relativos as notas fiscais de saídas, deduzindo os recolhimentos efetuados e apurando o saldo credor ou devedor. Observou que às fls. 27 a 209 as notas fiscais de entradas e saídas foram especificadas não tendo razão o autuado ao alegar que a demonstração não considerou o imposto recolhido.

Quanto ao argumento defensivo de que até o ano 2000 a receita acumulada foi de R\$1.750.548,65, resultando em um débito fiscal de R\$297.592,26 e as notas fiscais apresentadas no resumo das compras acumuladas foi incluído o valor de R\$336.998,29, implicando em um crédito fiscal de R\$24.556,69, disse que deixava de acolher esse argumento, porque se o autuado entendia que os valores das saídas eram incompatíveis com as entradas, deveria trazer aos autos as notas fiscais de compras que não foram incluídas, para que necessário se procedesse a uma diligência para o refazimento dos cálculos. Mas, diante de não ter procedido dessa forma, entendia que os demonstrativos de fls. 19 e 20 não mereciam nenhuma correção.

Fundamentou que na apuração do imposto pelo regime normal, se houvesse operações com imposto pago por antecipação certamente que não deveriam compor o conta corrente fiscal porque ocorreria uma bitributação, mas, ressaltou que não tendo o autuado indicado quais os números das notas fiscais, que haviam sido objeto de tributação pelo regime da substituição tributária ou de antecipação, por essa razão diante do desenquadramento do regime como previsto na legislação conforme o art. 408-S do RICMS vigente, concluiu que era Procedente o Auto de Infração, tendo sido uma Decisão unânime pelos componentes da Junta.

Irresignado com a Decisão de 1ª Instância, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário às fls. 240 a 242 dos autos, onde se diz inconformado com o Acórdão e apresenta alegações de que o autuante às fls. 224 a 226, teria contestado o item de menor relevância e alegou ainda que disponibilizou toda a documentação e quem fez constar no Termo de Arrecadação à falta das notas fiscais foi o autuante, e afirma que jamais se negou a apresentar os referidos documentos fiscais.

Aduziu ainda que embora o autuante tenha dito que considerou todas as notas fiscais de entradas no levantamento para apuração do imposto, alega que as somas estão incompatíveis e facilmente se identifica o equívoco.

Assevera que apontou nas alegações defensivas que o total dos créditos das notas fiscais não foram somados corretamente no trabalho fiscal e que diversas notas fiscais de produtos com fase de tributação encerrada teriam sido a causa das diferenças, e que consta no relatório da Decisão recorrida, mas que no julgamento o relator não fez nenhuma abordagem.

Alega ainda que esperava ser notificado a apresentar as notas fiscais para averiguações e juntada ao processo, mas que no julgamento o relator alegou que cabia ao autuado na peça de impugnação fazer a juntada dos documentos.

Argüiu inobservância ao Regulamento porque entende que não poderia juntar todas as notas fiscais que faltam nas somas em via original, pois não teria o documento para uma prova em qualquer defesa em instâncias superiores. Diz que coloca as notas de entradas à disposição do Conselho, e requer diligência para arrecadar e apurar o real valor devido. E ainda a exclusão das notas que já foram objeto de antecipação do imposto. Conclui requerendo a Procedência Parcial do Auto de Infração com a apuração correta do imposto.

A PROFAZ às fls. 249 observa que o recorrente na fase recursal pede diligência para que se arrecade as notas fiscais dos exercícios de 1999 e 2000 e apure o imposto devido, considerando os créditos de forma integral, e a exclusão das notas fiscais com imposto pago antecipadamente.

Considera que os argumentos jurídicos expendidos no Recurso Voluntário não provocam revisão no Acórdão recorrido, e alega que o cerne do levantamento decorre da constatação de ICMS recolhido a menos na condição de Microempresa e de empresa de pequeno porte, por erro na apuração do imposto e de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Entende que as infrações constatadas pelo autuante estão tipificadas e comprovadas nos autos, e o recorrente não apresentou prova capaz de modificar a Decisão de 1ª grau, e que o pedido do recorrente apenas é para que seja realizado diligência, sem fazer juntada de qualquer nota fiscal. Conclui pelo Improvimento do Recurso Voluntário apresentado.

## VOTO

Examinando o Recurso Voluntário quanto à sua admissibilidade, verifico que o mesmo é tempestivo, tendo sido interposto pelo sujeito passivo, logo do mesmo tomo conhecimento e passo ao exame do mérito, uma vez que nenhuma preliminar de nulidade foi argüida na peça recursal.

Inicialmente analisando os elementos constantes dos autos concernentes à presente lide, verifico que as infrações descritas na peça vestibular estão respaldadas nos demonstrativos acostados ao processo, pelo autuante, conforme determina o art. 39 e 41 do RPAF/99.

Quanto ao mérito, constato que nas razões expendidas no Recurso Voluntário, o recorrente nega o cometimento das infrações e se limita a alegar que o autuante considerou todas as notas fiscais de entradas, e que no levantamento para apuração do imposto devido, o mesmo efetuou somas tão incompatíveis que são detectadas facilmente, e que registrou as mesmas na sua impugnação, mas não foram apreciadas no julgamento, e aduziu ainda que o total dos créditos oriundos das notas fiscais não foram corretamente calculados e que diversas notas fiscais cujos produtos já tinham encerrado a sua tributação, em face de antecipação tributária, e que as notas fiscais estariam disponíveis para o fisco, e argüi que na Decisão recorrida o julgador apenas alegou que cabia ao autuado fazer a juntada dos documentos e não simplesmente alegar que não pode acostar as vias originais, e que não podem ser substituídas por cópias xerográficas.

Entendo, quanto a esses argumentos que razão não assiste ao recorrente, por que cabe o ônus da prova do que se alega, pois ao teor do art. 333 do Código de Processo Civil (CPC), aplicado subsidiariamente ao processo administrativo fiscal conforme prevê o art. 180 do RPAF/99, cabe ao autor provar quanto ao fato constitutivo do seu direito, e ao acusado quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Logo, a alegação do recorrente de que o autuante considerou notas fiscais que já tiveram o imposto pago por antecipação, que efetivamente se constatada essa situação, modificaria o resultado do trabalho fiscal, não foram trazidas ao processo.

Ademais, o art. 142 do RPAF/99 dispõe que 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.

De outro modo, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal, conforme preconiza o art. 143 do mesmo diploma processual.

Constata-se no presente processo que o cerne da lide decorre do fato de ter sido o recorrente acusado de efetuar recolhimento a menos do que os devidos, segundo a real receita bruta ajustada, sem que fizesse qualquer comunicação ao Fisco estadual conforme determina o art. 405-A e por esta razão incorreu na hipótese do art. 408-L que prevê a perda do direito ao tratamento do regime simplificado, por ter incorrido nas hipóteses dos incisos IV e VII do art. 406-A. Neste caso o procedimento fiscal em que se apurou o imposto pelo regime normal está respaldado no art. 408-S, que determina que o imposto será exigido com base nos critérios aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem origem ao desenquadramento.

Relativamente ao item 2, o recorrente alega que disponibilizou todas as notas fiscais e que foi o próprio autuante quem fez a observação no termo de arrecadação da falta de notas fiscais, no ato de devolução dos documentos, e afirma que entregou todas as notas fiscais de saídas, e que se coloca mais uma vez toda a documentação à disposição do fisco. Contudo, nada argüi quanto a não apresentação do livro Caixa e do livro de Inventário, que foram solicitados nas intimações de fls. 11 a 15 e consta no Termo de Arrecadação à fl. 16 que os mesmos não foram entregues.

Assim, considero que a infração por descumprimento de obrigação acessória em decorrência da falta de apresentação dos livros Caixa e Inventário e de 932 notas fiscais de saídas, diante da não apresentação dos referidos livros, por si só já daria respaldo à aplicação da multa prevista no art. 42, inciso XX da Lei nº 7014/96, face ao não atendimento das referidas intimações.

Observe que o recorrente não traz nas razões do Recurso Voluntário nenhum elemento de prova do que alega quanto às notas fiscais de entradas, e utiliza os mesmos argumentos que foram argüídos na peça de impugnação e já enfrentados no Julgado de 1ª Instância. Assim o recorrente incide no mesmo erro, ao alegar nesta fase recursal sem contudo, trazer aos autos as referidas notas fiscais, ou sequer apontar quais os números das notas fiscais que se referem a produtos em que o imposto já foi pago por substituição tributária.

Nestas circunstâncias, considero que o pedido do recorrente para que o Conselho proceda à diligência para arrecadar e fiscalizar, na busca do verdadeiro valor devido, deve ser indeferido e faço com base na alínea “b” do art. 147 do multicitado RPAF, que determina o indeferimento do pedido de diligência quanto for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos.

Como se vê, o argumento de que não apresenta os originais por que não teria como posteriormente fazer prova em outras instâncias e que as cópias xerográficas não se prestam à exibição ao fisco, é um entendimento equivocado.

Neste sentido, considero que o recorrente não apresenta razões recursais que possam desconstituir o lançamento e modificar o julgamento de 1ª Instância que diante da não comprovação pelo autuado das alegações aduzidas na defesa, considerou correto os demonstrativos de fls. 19 e 20, e julgou Procedente o Auto de Infração.

Deste modo, acorde o Parecer da PROFAZ exarado às fls. 249 e 250 dos autos, que o recorrente requer diligência sem acostar ao processo qualquer nota fiscal, e opinou pelo Improvimento do Recurso Voluntário.

Por todo o exposto, diante das razões alegadas neste Recurso Voluntário serem as mesmas argüidas na impugnação, e sem que o recorrente apresente qualquer documento comprobatório capaz de modificar o julgamento de 1ª Instância, outra Decisão não posso proferir senão confirmar o Acórdão recorrido e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho da Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299314.0016/02-1**, lavrado contra **M. & F. COMERCIAL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$373.605,12**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a”, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de R\$370,00, prevista no art. 42, XX da citada lei alterada pela Lei nº 7.753/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 22 de maio de 2003.

ANTÔNIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

IVONE DE OLIVEIRA MARTINS - RELATORA

SYLVIA MARIA AMOÊDO CAVALCANTE - REPR. DA PROFAZ