

A. I. Nº - 269356.1006/01-5
AUTUADO - CASA ALVORADA LTDA.
AUTUANTE - UBIRATAN LOPES DA COSTA
ORIGEM - INFAZ JUAZEIRO
INTERNET - 14/03/2003

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0048-03/03

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Foi retificado o levantamento, reduzindo-se o valor do débito originalmente apurado. 2. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTO DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Suprimento à conta “Caixa”, sem a comprovação de sua origem, indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem e o efetivo ingresso dos recursos na referida conta. Foi retificado o levantamento, reduzindo-se o débito originalmente apontado, adequando a exigência fiscal à norma editada pela Lei nº 8.534/02, que alterou a redação do art. 19, da Lei nº 7.357/98. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 21/06/02 para exigir o ICMS, no valor de R\$45.491,16, acrescido das multas de 60% e 70%, em decorrência de:

1. Falta de recolhimento do imposto, por antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – pisos e azulejos;
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos de notas fiscais e duplicatas, sem o devido registro dos lançamentos no livro Caixa, conforme os documentos anexos.

O autuado apresentou defesa, às fls. 208 a 212, suscitando, preliminarmente, a nulidade do lançamento, tendo em vista que está enquadrado no SimBahia como Empresa de Pequeno Porte,

e recolhe o tributo no percentual de 2,5% sobre seu faturamento, fato não considerado pelo autuante que exigiu o ICMS à alíquota de 17%, em ambas as infrações.

No mérito, diz que o autuante cometeu diversos equívocos em seu levantamento, como descrito a seguir:

1. foi exigido imposto por falta de antecipação tributária e por omissão de saídas de mercadorias, com a inclusão, no levantamento da infração 1, de notas fiscais cujas duplicatas foram supostamente não lançadas no livro Caixa, procedimento que gerou a bitributação do ICMS, conforme se infere do demonstrativo à fl. 214;
2. indicou a multa de 60%, para a infração 1, quando o RICMS/97, em seu artigo 915, inciso I, alínea “b”, item “1”, prevê a multa de 50% para as microempresas, empresas de pequeno porte e ambulantes, nas entradas de mercadorias sujeitas à antecipação ou substituição tributária;
3. ainda com referência à infração 1, afirma que “tributou as mercadorias, objeto de antecipação tributária e, como lhe autoriza a legislação do SIMBAHIA, recolheu sobre estas 2,5% a título de ICMS, razão porque não deve ser reclamada a antecipação do imposto, procedimento que implica em bi-tributação de ICMS”;
4. por fim, em relação à infração 1, alega que o autuante incluiu diversas notas fiscais cujas mercadorias não estão enquadradas na antecipação tributária (no item 15 do inciso II do artigo 353 do RICMS/97) e com destinatário diferente de seu estabelecimento (como se infere das notas fiscais acostadas às fls. 218 a 247 e dos documentos juntados às fls. 213, 215 e 216);
5. quanto à infração 2, aduz que as duplicatas não foram lançadas no Caixa de 2000 e 2001 porque somente foram quitadas em 2002;
6. como está enquadrado como Empresa de Pequeno Porte, o Fisco somente poderia exigir o imposto com o mesmo percentual de 2,5% e não à alíquota de 17%, como indicado no Auto de Infração.

A final, pede a nulidade ou a improcedência do lançamento.

O autuante, em sua informação fiscal (fls. 255 a 257), contesta os argumentos defensivos, nos seguintes termos:

1. entende que não há a alegada bitributação, uma vez que os fatos geradores de ambas as infrações são bastante distintos: no item 1 foi exigido o imposto, por antecipação, em razão de as mercadorias (produtos cerâmicos) estarem enquadradas na substituição tributária e no item 2 foi cobrado o ICMS devido por omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos não registrados no livro Caixa do contribuinte, tendo em vista a presunção legal de que as duplicatas e notas fiscais relacionadas foram pagas com recursos de origem não comprovada e, conseqüentemente, de vendas de mercadorias sem a emissão do documento fiscal;
2. reconhece que a multa a ser aplicada para a infração 1 deve ser de 50%, conforme preceitua o artigo 915, inciso I, alínea “b”, item 1, do RICMS/97;
3. discorda da alegação defensiva quanto aos erros apontados, relativamente à infração 1, uma vez que as notas fiscais foram devidamente relacionadas e as mercadorias nelas constantes (pisos cerâmicos, azulejos e listelos) estão enquadradas na substituição tributária, de acordo com o disposto no artigo 353, inciso II, subitem 15.2, do RICMS/97;
4. mantém a alíquota de 17%, para ambas as infrações, como previsto no RICMS/97, pois entende que somente é “suscetível ao benefício tributário o recolhimento espontâneo por parte do contribuinte”;

5. quanto às notas fiscais tidas como “inexistentes” pelo contribuinte, consoante a relação acostada à fl. 213, afirma que elas existem e estão anexadas ao PAF, conforme a planilha que apresentou na informação fiscal;
6. relativamente à infração 2, diz que o contribuinte não trouxe aos autos nenhum documento que pudesse comprovar as suas alegações.

Esta 3ª JJF decidiu converter o PAF em diligência à ASTEC (fls. 259 e 260) para que fiscal estranho ao feito examinasse os originais das notas fiscais relacionadas no demonstrativo acostado pelo contribuinte à fl. 213 (infração 1) e informasse qual a classificação fiscal das mercadorias nelas constantes (código NBM); e refizesse o levantamento fiscal (infração 2) para deduzir os créditos fiscais a que teria direito o autuado por estar inscrito na condição de empresa de pequeno porte.

A ASTEC enviou o PAF ao autuante para que cumprisse a diligência solicitada (fl. 261) e o preposto fiscal, às fls. 264 a 272, realizou seu trabalho, aduzindo que:

1. após o exame das notas fiscais relacionadas nos demonstrativos de fls. 213 e 215, verificou que todas as mercadorias nelas constantes estão enquadradas na substituição tributária (código NBM 6908.90.00), porque se trata de azulejos e ladrilhos;
2. calculou os créditos fiscais com base nas instruções da Orientação Normativa nº 01/2002 e chegou à conclusão que o débito a ser exigido deve ser reduzido de R\$6.758,37 para R\$3.860,22.

O autuado, intimado sobre o resultado da diligência, se pronunciou (fl. 277) ratificando os termos de sua peça defensiva e afirmando que não é verdadeira a assertiva do autuante na diligência, uma vez que “em qualquer das notas fiscais consta a necessária classificação fiscal das mercadorias, informando o código NBM”, pelo que tais mercadorias não podem ser consideradas como enquadradas na substituição tributária e, portanto, devem ser excluídas do levantamento fiscal.

VOTO

Inicialmente, deixo de acatar a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, tendo em vista que o Auto de Infração foi lavrado com atendimento das formalidades necessárias, não se constatando falhas processuais que ensejem a pretendida nulidade, a teor do artigo 18, do RPAF/99.

No mérito, o presente lançamento exige o ICMS em razão da falta de antecipação tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos Anexos 69 e 88 – pisos e azulejos (infração 1) e da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de pagamentos de notas fiscais e duplicatas, sem o devido registro dos lançamentos no livro Caixa (infração 2).

O autuado impugnou ambas as infrações, sob o argumento de que o autuante teria cometido alguns equívocos em seu levantamento, o que foi contestado pelo preposto fiscal.

Quanto à alegação defensiva de que teriam sido incluídas notas fiscais destinadas a outros contribuintes, relativamente à infração 1, conforme o demonstrativo que o contribuinte acostou à fl. 213, analisei os documentos fiscais anexados ao PAF, juntamente com a planilha elaborada pelo autuante em sua informação fiscal (fl. 256) e constatei que o autuante tem razão em afirmar que todas as notas fiscais indicadas como “inexistentes” possuem como destinatário o próprio autuado. Observo, apenas em relação à Nota Fiscal nº 462 (fl. 62), que houve um equívoco do

autuante, uma vez que o número correto do documento fiscal é 463, mas isso em nada altera o levantamento fiscal, considerando que os valores a ele relacionados estão corretos.

Ainda em relação à infração 1, procede, em parte, o argumento defensivo, de que o autuante incluiu diversas notas fiscais cujas mercadorias não estão enquadradas na antecipação tributária, consoante a planilha apresentada à fl. 215, mas apenas com referência às Notas Fiscais nºs 30260, 30259, 32747, 32915, 19018, 19019, 35319, 35320, 36227, 36226 e 37511, cujos códigos NBM não estão elencados no item 15 do inciso II, do artigo 353, do RICMS/97 (fls. 246, 244, 242, 241, 237, 236, 234, 232, 229, 228 e 227, respectivamente). As mercadorias constantes nas demais Notas Fiscais ou estão incluídas no dispositivo do RICMS/97 acima referido (6908.90.00), ou o seu código NBM não foi indicado nos documentos fiscais, não podendo assim ser excluídas do levantamento elaborado pelo autuante.

Sendo assim, refiz a planilha acostada às fls. 10 a 14, nos meses de fevereiro/00, julho/00, outubro/00, novembro/00, dezembro/00 e março/01, e apurei o seguinte:

MESES	ICMS EXIGIDO	DÉBITO REF. NOTAS FISCAIS EXCLUÍDAS	ICMS A EXIGIR
Fevereiro/00	2.863,39	662,70	2.200,69
Julho/00	2.273,80	844,62	1.429,18
Outubro/00	2.603,62	690,92	1.912,70
Novembro/00	3.841,51	832,17	3.009,34
Dezembro/00	2.801,96	693,31	2.108,65
Março/01	1.387,13	356,20	1.030,93

Não procede, entretanto, a alegação do sujeito passivo, de que teria havido bitributação, por ter sido exigido o ICMS normal e por antecipação tributária, relativamente a algumas duplicatas e notas fiscais, haja vista que a infração 1 se refere ao imposto que o contribuinte deixou de pagar em razão da Margem de Valor Agregado, enquanto que o tributo cobrado na infração 2, é concernente a operações de saídas de mercadorias anteriormente efetuadas que não foram oferecidas à tributação e cujas receitas foram utilizadas na aquisição das mercadorias relacionadas no Auto de Infração.

Finalmente, está correto o contribuinte ao pleitear a redução da multa, de 60% para 50%, como reconhecido pelo próprio autuante, por se tratar de empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, como estabelecido no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item “1”, da Lei nº 7.014/96.

Relativamente à infração 2, o sujeito passivo se limitou a aduzir que as duplicatas não foram lançadas no Caixa de 2000 e 2001 porque foram quitadas em 2002, porém não trouxe aos autos nenhuma prova de suas alegações. Dessa forma, deve ser aplicada a regra do artigo 142, do RPAF/99, o qual determina 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”, e entendo que é procedente a acusação fiscal.

Tendo em vista que o autuado estava inscrito, à época dos fatos geradores, na condição de Empresa de Pequeno Porte, este CONSEF (fls. 259 e 260) determinou, em 18/09/02, que o autuante deduzisse os créditos fiscais a que ele teria direito, em observância à Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário. A solicitação foi atendida (fls. 264 a 272) e o valor do débito, reduzido de R\$6.758,37 para R\$3.860,22.

Não obstante isso, foi editada a Lei nº 8.534, publicada no DOE de 14 e 15/12/02, a qual alterou a redação do artigo 19 da Lei nº 7.357/98 (Lei do SimBahia), da seguinte forma:

Art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

§ 1º Ocorrendo a hipóteses prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

§ 2º Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher.

Pela análise dos dispositivos acima transcritos, verifica-se que o ICMS deve ser exigido, no presente caso, calculado à alíquota normal, mas deve ser permitida a utilização de crédito presumido de 8%, retroativo à época da ocorrência dos fatos geradores do tributo, em relação aos processos ainda em fase de tramitação, sempre que sua aplicação for mais benéfica para o contribuinte.

Na situação em lide, aplicando-se o percentual de 8% previsto na Lei do SimBahia, a título de crédito fiscal, reduz-se o débito na infração 2 para R\$3.577,95, valor inferior ao apurado pelo autuante (R\$3.860,22), mediante a utilização dos critérios da Orientação Normativa nº 01/2002, do Comitê Tributário. Sendo assim, entendo que deve ser exigido o valor mais benéfico para o contribuinte, como a seguir demonstrado:

Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	ICMS 17%	Crédito 8%	Débito R\$
28/02/00	09/03/00	2.384,23	405,32	190,74	214,58
31/03/00	09/04/00	2.922,00	496,74	233,76	262,98
30/04/00	09/05/00	3.166,41	538,29	253,31	284,98
31/05/00	09/06/00	1.204,82	204,82	96,39	108,43
31/07/00	09/08/00	1.558,41	264,93	124,67	140,26
30/09/00	09/10/00	1.818,23	309,10	145,46	163,64
30/11/00	09/12/00	902,88	153,49	72,23	81,26
28/02/01	09/03/01	378,00	64,26	30,24	34,02
31/03/01	09/04/01	1.662,11	282,56	132,97	149,59
30/04/01	09/05/01	7.418,17	1.261,09	593,45	667,64
31/05/01	09/06/01	8.215,58	1.396,65	657,25	739,40
30/06/01	09/07/01	205,17	34,88	16,41	18,47
31/08/01	09/09/01	426,35	72,48	34,11	38,37
30/09/01	09/10/01	1.751,05	297,68	140,08	157,59
31/10/01	09/11/01	1.372,58	233,34	109,81	123,53
30/11/01	09/12/01	2.827,11	480,61	226,17	254,44
31/12/01	09/01/02	1.541,94	262,13	123,36	138,77
TOTAL DA INFRAÇÃO 2					3.577,95

Por tudo quanto foi exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, de acordo com o demonstrativo de débito abaixo:

Infração	Data Ocorrência	Data Vencimento	Base Cálculo R\$	Alíquota (%)	Multa (%)	Débito R\$
1	31/01/00	09/02/00	6.510,88	17%	50%	1.106,85
1	29/02/00	09/03/00	12.945,24	17%	50%	2.200,69
1	31/03/00	09/04/00	8.628,94	17%	50%	1.466,92

1	30/04/00	09/05/00	5.427,35	17%	50%	922,65
1	31/05/00	09/06/00	1.779,06	17%	50%	302,44
1	30/06/00	09/07/00	5.193,35	17%	50%	882,87
1	31/07/00	09/08/00	8.406,94	17%	50%	1.429,18
1	31/08/00	09/09/00	6.530,88	17%	50%	1.110,25
1	31/10/00	09/11/00	11.251,18	17%	50%	1.912,70
1	30/11/00	09/12/00	17.702,00	17%	50%	3.009,34
1	31/12/00	09/01/01	12.403,82	17%	50%	2.108,65
1	31/01/01	09/02/01	15.282,94	17%	50%	2.598,10
1	31/03/01	09/04/01	6.064,29	17%	50%	1.030,93
1	31/05/01	09/06/01	641,76	17%	50%	109,10
1	31/07/01	09/08/01	8.388,88	17%	50%	1.426,11
1	31/08/01	09/09/01	9.060,53	17%	50%	1.540,29
1	30/09/01	09/10/01	8.019,12	17%	50%	1.363,25
1	31/10/01	09/11/01	22.794,41	17%	50%	3.875,05
1	30/11/01	09/12/01	28.492,35	17%	50%	4.843,70
1	31/12/01	09/01/02	8.316,47	17%	50%	1.413,80
2	28/02/00	09/03/00	1.262,24	17%	70%	214,58
2	31/03/00	09/04/00	1.546,94	17%	70%	262,98
2	30/04/00	09/05/00	1.676,35	17%	70%	284,98
2	31/05/00	09/06/00	637,82	17%	70%	108,43
2	31/07/00	09/08/00	825,06	17%	70%	140,26
2	30/09/00	09/10/00	962,59	17%	70%	163,64
2	30/11/00	09/12/00	478,00	17%	70%	81,26
2	28/02/01	09/03/01	200,12	17%	70%	34,02
2	31/03/01	09/04/01	879,94	17%	70%	149,59
2	30/04/01	09/05/01	3.927,29	17%	70%	667,64
2	31/05/01	09/06/01	4.349,41	17%	70%	739,40
2	30/06/01	09/07/01	108,65	17%	70%	18,47
2	31/08/01	09/09/01	225,71	17%	70%	38,37
2	30/09/01	09/10/01	927,00	17%	70%	157,59
2	31/10/01	09/11/01	726,65	17%	70%	123,53
2	30/11/01	09/12/01	1.496,71	17%	70%	254,44
2	31/12/01	09/01/02	816,29	17%	70%	138,77
TOTAL DO DÉBITO						38.230,82

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269356.1006/01-5, lavrado contra **CASA ALVORADA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$38.230,82**, sendo R\$17.708,67 atualizado monetariamente, com os acréscimos moratórios correspondentes, e R\$20.522,15 com os acréscimos legais, acrescido das multas de 50% sobre R\$34.652,87 e 70% sobre R\$3.577,95, previstas no art. 42, I, “b”, “1” e III, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de fevereiro de 2003.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE/RELATORA

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA – JULGADOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO- JULGADORA