

PROCESSO - A. I. Nº 298621.0011/05-5
RECORRENTE - L.C. ALVES DE SANTANA (SUPER MINI SANTANA)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JF nº 0486-02/05
ORIGEM - INFAZ SERRINHA
INTERNET - 06.06.06

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0181-11/06

EMENTA: ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES (VENDAS) NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de registro de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Considerados nos cálculos o ajuste do lançamento à legislação do SimBahia. Mantida a Decisão recorrida. Rejeitado o pedido de realização de diligência. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pelo autuado contra a Decisão que julgou o Auto de Infração Procedente – Acórdão JF nº 0486-02/05 -, lavrado em decorrência das seguintes irregularidades:

1. recolhimento a menos do ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), sendo exigido o imposto de R\$1.930,00 e multa de 50%;
2. recolhimento a menos do ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), sendo exigido o imposto de R\$6.675,39 e multa de 50%;
3. omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, sendo exigido o imposto de R\$72.578,84 e multa de 70%;
4. recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo exigido o imposto de R\$112,90 e multa de 50%;
5. falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado – Antecipação Parcial - sendo exigido o imposto de R\$692,88 e multa de 50%.

A Junta de Julgamento Fiscal rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado em relação à infração 3, porque entendeu que o lançamento contém todos os requisitos de validade previstos na legislação processual.

No mérito, considerou procedentes todas as infrações apontadas: as infrações 1 e 2, porque não foram impugnadas, e as infrações 4 e 5, porque foram reconhecidas pelo contribuinte. No que concerne à infração 3, única contestada pelo autuado, apresentou os seguintes fundamentos para a sua manutenção:

1. o termo “registradas” decorre do uso de expressão padronizada pelo sistema informatizado da SEFAZ, que gera a impressão do Auto de Infração e do Termo de Encerramento, pois é utilizado para todos os contribuintes do CAD-ICMS, independente do regime de apuração em que estejam enquadrados. No caso específico de empresas enquadradas no SIMBAHIA, o termo “registradas” corresponde, especificamente, a declaradas, ou seja, diz respeito ao valor das entradas declaradas na DME, a que os contribuintes estão obrigados a informar com exatidão;
2. restou evidenciada, nas peças que integram o presente Auto de Infração, a inexistência de qualquer alusão à exigência de registro das operações de entradas do autuado em livros fiscais a que está desobrigado por lei a escriturar, não procedendo, portanto, qualquer iniciativa de confundir o que de fato ocorreu;
3. o fato imputado encontra-se exaustivamente materializado nos autos, com inteiro conhecimento do autuado, eis que recebera cópias de todas as notas fiscais (mais de quatrocentas), as quais foram emitidas por seus fornecedores e capturadas pelo CFAMT (fl. 662);
4. o total das notas fiscais de entradas deve coincidir com o total das entradas informadas na DME e a diferença encontrada é caracterizada como entradas não registradas ou não declaradas, ou seja, não foram incluídas no cálculo do regime simplificado de apuração do imposto devido, e, portanto, torna-se factível a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis legalmente prevista;
5. quem tem condições de efetuar a comprovação do ingresso e dos pagamentos das mercadorias adquiridas é o próprio autuado, obrigado que está a escriturar o Livro Caixa para o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, e em momento algum se manifestou neste sentido;
6. o autuante procedeu corretamente, ao apurar o imposto devido aplicando a alíquota de 17% e concedendo o crédito presumido de 8%, acorde o artigo 19, da Lei nº 7.357/98.

Em seu Recurso Voluntário (fls. 695 a 726), o sujeito passivo pretende ver reformada a Decisão recorrida no que se refere à infração 3, preliminarmente suscitando a nulidade do lançamento porque:

1. como está enquadrado no SimBahia, não está obrigado a escriturar os livros fiscais e, dessa forma, não se pode aplicar a presunção legal de ocorrência de saídas de mercadorias por falta de escrituração de notas fiscais de compras no livro Registro de Entradas, como foi feito neste Auto de Infração. Transcreve a ementa de diversos acórdãos deste CONSEF;
2. o autuante se prendeu à listagem emitida pelo CFAMT “*sem trazer aos autos muitas das notas fiscais elencadas nos demonstrativos, com suas vias materialmente colhidas nos Postos*”. Pede a realização de diligência para excluir as notas fiscais não acostadas aos autos;
3. muitas das mercadorias constantes das notas fiscais elencadas pelo autuante não ingressaram em seu estabelecimento, tendo havido um erro dos fornecedores com posterior “*refaturamento das notas fiscais (retorno) ou devolução de mercadorias, por meio de notas de devolução, devidamente expedido pelo autuado e acompanhadas de seus respectivos recibos de entrega*”;
4. o autuante deveria ratificar a ação fiscal com o comprovante de pagamento das compras junto aos fornecedores ou acostar cópias das prováveis duplicatas mercantis nas vendas a prazo ou, ainda, demonstrar que a receita auferida em cada operação refletiu na conta caixa/bancos ou na conta fornecedores, o que não foi feito no presente caso. Cita a doutrina a respeito e afirma que alguns documentos fiscais sequer possuem o carimbo dos postos fiscais do percurso natural, o que demonstra a “*inocorrência do trânsito das aludidas mercadorias até o Contribuinte*”. Requer a realização de diligência para “*excluir as notas fiscais refaturadas ou de devolução, acompanhadas de seus respectivos recibos de entrega, a serem acostadas nos autos, conforme serão juntadas até a audiência de julgamento*”.

No mérito, argumenta que o lançamento “padece de validade”, pois procedeu “*à devida escrita fiscal em sua maioria ou totalidade das notas fiscais elencadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante*”. Transcreve ementas de decisões do CONSEF a respeito.

Prossegue dizendo que “*os documentos a serem acostados pelo autuado ao decorrer do PAF*” comprovarão que os recursos utilizados para a aquisição das mercadorias foram decorrentes de empréstimos realizados, venda de ativo imobilizado e serviços por ele prestados e, como teve dificuldade em obter os documentos, compromete-se a juntá-los até a data do julgamento, pelo que requer a posterior juntada de documentos que “*comprovam suas outras fontes de receitas durante o período fiscalizado*”. Alega, ainda, que “*se os referidos documentos não estavam escriturados nos livros do contribuinte, que se lavre multa por descumprimento de obrigação acessória*”. Traz à colação diversos acórdãos do CONSEF.

Argumenta que a alíquota indicada pelo autuante (17%) está incorreta, uma vez que se encontra enquadrado no SimBahia como microempresa, implicando flagrante ofensa ao princípio da isonomia. Transcreve a jurisprudência do CONSEF sobre a matéria.

Por fim, alega que a legislação fiscal foi interpretada erroneamente e que o RICMS/BA, “*visando abarcar hipótese não prevista em Lei, deu sentido diverso do pretendido pelo legislador ao criar hipótese de penalização ilegal*”, na medida em que, como não foi excluído do regime do SimBahia, não há que se falar em cobrança do imposto pelo regime normal de apuração.

Finalmente, requer a nulidade ou a improcedência do Auto de Infração, ou, se assim não entender este CONSEF, que se exija o ICMS relativo às efetivas saídas de mercadorias em consonância com a legislação pertinente às empresas de pequeno porte.

O representante da PGE/PROFIS, Dr. José Augusto Martins Junior, apresentou o seu Parecer (fls. 729 a 731) opinando pelo Não Provimento do Recurso Voluntário interposto pelo autuado, com os seguintes argumentos:

1. não há como ser acatada a preliminar de nulidade relativa a uma inexistência de elementos necessários para definição da infração, haja vista que se verifica que todos os fatos foram devidamente colacionados aos autos, por conta de uma infinidade de documentos fiscais acostados;
2. no mérito, afirma que a infração apontada derivou da apreensão de uma grande quantidade de notas fiscais recolhidas pelo sistema CFAMT, em que figurava como destinatário o autuado, as quais não foram mencionadas na DME, e o contribuinte não se desincumbiu da tarefa de fazer a prova contrária à presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

VOTO

Inicialmente, rejeito o pedido de realização de diligência, considerando que todos os elementos de prova juntados ao PAF são suficientes para a formação de meu convencimento, nos termos do artigo 147, inciso I, do RPAF/99. Por outro lado, o recorrente não apresentou nos autos nenhum indício de prova capaz de demonstrar a necessidade da diligência, muito embora devesse tê-lo feito, já que é o único capaz de apresentar os documentos que alegou estar de posse.

Como as preliminares de nulidade levantadas pelo recorrente se confundem com o próprio mérito da autuação, serão apreciadas conjuntamente.

Na infração 3, objeto do Recurso Voluntário, exige-se o ICMS em razão da presunção insculpida no artigo 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis constatada pelo fato de o contribuinte ter deixado de lançar, na DME, notas fiscais de entradas de mercadorias.

O recorrente alegou que, como não tinha a obrigação de escriturar o livro Registro de Entradas por ser inscrito no SimBahia, não se pode aplicar a presunção legal.

Entretanto, a infração apontada é decorrente, não da falta de escrituração do livro Registro de Entradas, mas da omissão do lançamento das operações de entradas de mercadorias nas Declarações de Movimento Econômico (DME) entregues anualmente pelo contribuinte à Secretaria da Fazenda.

Observo que, como o autuado estava desobrigado de escriturar o livro Registro de Entradas, maior importância se reveste a DME, na medida em que tal documento substitui as informações que seriam prestadas em seus livros fiscais. Ressalto, ainda, que o sujeito passivo estava obrigado, por outro lado, a escriturar o livro Caixa e poderia perfeitamente tê-lo trazido para demonstrar a improcedência da acusação, mas não o fez, o que comprova que, realmente, as entradas de mercadorias não foram escrituradas e, conseqüentemente, não foram informadas à Fazenda Estadual.

Deve-se salientar que as operações de entradas de mercadorias, ao lado das saídas, são importantes na determinação da faixa de tributação dos contribuintes inscritos no SimBahia e, assim, a omissão de seu registro pode levar ao recolhimento do ICMS em valor menor do que seria devido mensalmente.

O recorrente argumentou que muitas das notas fiscais listadas pelo autuante não foram trazidas aos autos, porém não mencionou nenhum documento sequer para embasar a sua assertiva, num rol de mais de quatrocentos. Alegou, também, que muitas das mercadorias constantes das notas fiscais elencadas pelo autuante não ingressaram em seu estabelecimento, tendo havido um erro dos fornecedores com posterior *“refaturamento das notas fiscais (retorno) ou devolução de mercadorias, por meio de notas de devolução, devidamente expedido pelo autuado e acompanhadas de seus respectivos recibos de entrega”*. Entretanto, mais uma vez, não indicou nenhum documento fiscal, nem apresentou um único elemento de prova capaz de elidir a acusação fiscal preferindo pedir a realização de diligência por estranho ao feito para buscar a documentação que deveria ter sido acostada sem demora aos autos.

O recorrente ainda alegou que o autuante deveria ter ratificado a ação fiscal com o comprovante de pagamento das compras junto aos fornecedores ou com cópias das prováveis duplicatas mercantis nas vendas a prazo ou, ainda, com a demonstração de que a receita auferida em cada operação se refletiu na conta caixa/bancos ou na conta fornecedores. Porém, tais comprovações deveriam ter sido feitas pelo próprio contribuinte, considerando que é quem dispõe dos elementos necessários a tal mister.

Quanto à alegação recursal, de que alguns documentos fiscais sequer possuem o carimbo dos postos fiscais do percurso natural, o que demonstraria a *“inocorrência do trânsito das aludidas mercadorias até o Contribuinte”*, é até pueril, já que, como foi o próprio fisco baiano que coletou as vias das notas nos postos fiscais, é óbvio que houve o trânsito das mercadorias. Além disso, como nos documentos fiscais recolhidos consta o autuado como destinatário das mercadorias presume-se que ingressaram em seu estabelecimento, salvo prova em contrário da qual não se desincumbiu o contribuinte.

O recorrente ainda argumentou, de forma paradoxal, que procedeu *“à devida escrita fiscal em sua maioria ou totalidade das notas fiscais elencadas nos demonstrativos elaborados pelo autuante”*, muito embora tivesse alegado que não dispunha de escrituração fiscal. Ademais, não trouxe aos autos nenhum elemento de prova do alegado.

Afirmou, também, que os recursos utilizados para a aquisição das mercadorias foram decorrentes de empréstimos realizados, venda de ativo imobilizado e serviços por ele prestados, todavia, suas alegações não se encontram lastreadas em provas documentais, não podendo, portanto, ser aceitas.

Finalmente, argumentou que a alíquota mencionada pelo autuante (17%) está incorreta, uma vez que se encontra enquadrado no SimBahia como microempresa, implicando flagrante ofensa ao princípio da isonomia. Entretanto, como se trata de infração ocorrida nos exercícios de 2001 a 2004 verifico que a alíquota deve ser de 17%, deduzindo-se o percentual de 8% a título de crédito

fiscal, como determina o artigo 19, e seu § 1º, da Lei nº 7.357/98, estando correto o trabalho do preposto fiscal.

Observo, por fim, que o inciso V do artigo 15 da Lei nº 7.357/98 prevê que perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, e o RICMS/BA estabeleceu, a partir de 02/11/00, que a constatação de entradas de mercadorias não registradas ou contabilizadas deve ser considerada infração de natureza grave, devendo ser aplicada a alíquota de 17% no cálculo do imposto estadual, tudo conforme os artigos 408-L, inciso V, 408-S e 915, inciso III, do RICMS/97, a seguir reproduzidos:

***Art. 408-L.** Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:*

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas "a" e "c" do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário.

***Art. 408-S.** Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.*

***Art. 915.** Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

***III -** 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;*

Em conclusão, considero que os argumentos recursais não têm o condão de alterar a Decisão recorrida, e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, acolhendo o Parecer da PGE/PROFIS.

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** o Auto de Infração nº **298621.0011/05-5**, lavrado contra **L.C. ALVES DE SANTANA (SUPER MINI SANTANA)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$81.990,01**, acrescido das multas de 50% sobre R\$9.411,17 e 70% sobre R\$72.578,84, previstas no art. 42, I, “b”, 3 e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de maio de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – RELATORA

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS