

**PROCESSO** - A. I. Nº 269181.0603/05-8  
**RECORRENTES** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARLOS ALBERTO QUEIROZ (MERCEARIA QUEIROZ)  
**RECORRIDOS** - CARLOS ALBERTO QUEIROZ (MERCEARIA QUEIROZ) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSOS** - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 3ª JJF nº 0391-03/05  
**ORIGEM** - INFAZ SANTO AMARO  
**INTERNET** - 26/06/2006

#### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0228-11/06

**EMENTA:** ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. Infrações 01 e 04 caracterizadas. 2. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS. Comprovada a tributação pelo regime SIMBAHIA. Infrações 02 e 06 elididas. 3. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECÔNOMICO-FISCAIS. DME. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTAS POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infrações 3 e 7 caracterizadas. 4. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA PRIMEIRA REPARTIÇÃO FAZENDÁRIA DO PERCURSO. Imposto exigido também aos contribuintes inscritos no SimBahia. Infração comprovada. Não acolhida à arguição de nulidade. Incompetência deste Órgão para declarar inconstitucionalidade da legislação tributária estadual. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0391-03/05, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito lhe imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte que inconformado com a referida Decisão apresenta a peça recursal respaldado no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração foi lavrado para exigir a importância de R\$44.912,69, em razão das seguintes irregularidades:

1. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$3.744,84, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88, no exercício de 2003.
2. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes da não emissão de documento fiscal próprio, sendo exigido o ICMS de R\$12.980,79, inerente ao exercício de 2003.
3. Multa de R\$8.187,40 pela omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (EPP), no exercício de 2003.
4. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$862,88, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88, no exercício de 2004.

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no valor de R\$1.862,64, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, inerente ao exercício de 2004.
6. Omissão de saída de mercadorias e/ou serviços decorrentes da não emissão de documento fiscal próprio, sendo exigido o ICMS de R\$15.478,77, inerente ao exercício de 2004.
7. Multa de R\$1.795,57 pela omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento nas Informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME, no exercício de 2004.

A Decisão recorrida julgou o Auto de Infração Procedente em Parte, no valor de R\$16.453,13, após rechaçar as preliminares de nulidade do Auto de Infração sob alegação de falta de provas do cometimento das infrações e de inconstitucionalidade da antecipação, diante das seguintes considerações:

1ª) Quanto às infrações 1 e 4, a JJF ressalta que o autuante acostou ao PAF os Anexos A (fls. 11 a 14) e K (fls. 240 a 243), nos quais foram relacionadas as mercadorias sujeitas a substituição tributária consignada nas notas fiscais capturadas pelo CFAMT e destinadas ao estabelecimento autuado, sendo que o contribuinte não contestou os cálculos do imposto, limitando-se apenas a questionar que não há prova de que as mercadorias tenham entrado no seu estabelecimento.

Observa a JJF que as notas fiscais e cópias foram juntadas pelo autuante às fls. 21 a 192 e fls. 250 a 420, as quais indicam os transportadores, tipo de cobrança, número de pedido, o que constituem prova da realização das operações e de suas aquisições pelo destinatário. Assim, entende que não pode acatar a alegação de que não efetuou as compras das mercadorias relacionadas nas citadas notas fiscais, ficando caracterizadas as infrações 1 e 4.

2ª) Relativo às infrações 3 e 7, que dizem respeito à omissão de entrada de mercadorias não declaradas na DME, aduz a JJF que nos demonstrativos de fls 238 e 432 foram relacionados os valores que totalizam as entradas de mercadorias consignadas nas notas fiscais coletadas pelo CFAMT e informado pelo contribuinte, deduzido as devoluções, e do valor encontrado foi confrontado com o valor das compras informada na DME, tendo apurado diferença de “*Entrada de Mercadorias não informadas na DME*”, do que ficou comprovado que o valor total das compras reais efetuadas pelo autuado nos exercícios de 2003 e 2004 não corresponde ao informado na DME. Assim, considera correta a multa aplicada nos termos do art. 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96, relativo às infrações 03 e 07.

3ª) Inerente às infrações 02 e 06, relativas à falta de emissão de documentos fiscais, ressalta a JJF que o autuado alegou que mesmo que não tenha emitido os documentos fiscais a empresa declarou o total de vendas de mercadorias através de DME, o que comprova o pagamento total do imposto, e que também não considerou o regime de apuração do imposto.

Pela análise dos documentos acostados ao PAF, a JJF verificou que no demonstrativo juntado à fl. 232, o autuante tomou como base o valor total do exercício de 2003 (infração 2) das vendas informadas na DME de R\$219.045,06 e deduziu o valor das vendas com a emissão de notas fiscais no valor de R\$15.676,73, resultando em valor de R\$203.368,33. Sobre este valor foi exigido o imposto a título de “vendas de mercadorias sem emissão de documento fiscal” pelo regime normal com enquadramento no art. 2º, § 3º do RICMS/BA.

Ressaltam os i. julgadores que a relação dos DAES de recolhimento do ICMS como contribuinte do SimBahia, acostada pelo autuante à fl. 236, indica que :

1. Relativo aos meses de janeiro a março/2003, o autuado recolheu ICMS mensal de R\$370,00 que corresponde à faixa VII da receita bruta ajustada de Microempresa, acima de R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) e até R\$210.000,00 (duzentos e dez mil reais), conforme disposto no Decreto nº 7.729 com efeitos de 01/01/00 a 30/04/04 (art. 386-A do RICMS/BA);
2. Relativo aos meses de abril a novembro/2003, o autuado recolheu ICMS mensal de R\$ 460,00 que corresponde à faixa VIII da receita bruta ajustada acima de R\$180.000,00 (cento e oitenta mil reais) e até R\$210.000,00 (duzentos e dez mil reais), conforme disposto no citado Decreto.

3. Relativo ao mês dezembro/2003, o autuado recolheu ICMS mensal de R\$532,36 já na condição de EPP.

Pelo exposto, constatou a JJF que tendo declarado receita bruta anual na DME (fl. 234) no exercício de 2003 de R\$219.045,06, está comprovado o pagamento do imposto no período pelo autuado na condição de Microempresa e EPP, fato este que se aplica ao exercício de 2004 (infração 6), já na condição de EPP. Assim, a Decisão é que não subsistem as infrações 2 e 6.

4ª) Referente à infração 5, relativa à exigência do ICMS da antecipação parcial, observa a JJF que o autuado não contestou os cálculos do imposto apurado pelo autuante, apenas se insurgiu quanto ao ICMS antecipação parcial, sendo que o mesmo foi instituído pela Lei nº 8.967/03 e não desobriga a empresa inscrita no SimBahia do seu pagamento, cujo regime constitui uma opção do contribuinte que preencha os requisitos exigidos pela legislação. Conclui ser devida a infração 5.

Irresignado com a Decisão, o sujeito passivo apresenta Recurso Voluntário, às fls. 493 a 504 dos autos, diante das seguintes argumentações:

1. Alega a existência de cerceamento de defesa acarretando a nulidade do Auto de Infração, em virtude de não terem sido apresentados elementos de prova capazes de corroborar os indícios de infração existentes em razão de notas fiscais capturadas pelo CFAMT, uma vez que violam os princípios da Legalidade Objetiva e da Verdade Material. Cita jurisprudência, doutrina e reproduz os artigos 46 e 47 do RPAF.
2. Ressalta que a Decisão recorrida lastreia-se em entendimento equivocado, segundo o qual o contribuinte, oro recorrente, deveria provar a inoccorrência da infração, pois a existência de notas fiscais capturadas pelo CFAMT seria prova das infrações: omissão de saídas de mercadorias tributáveis e recolhimento a menor de ICMS devido por antecipação. Sustenta que a simples existência de notas fiscais capturadas pelo CFAMT não se prestam a provar a prática das infrações que se imputam ao contribuinte. Salienta que o Fisco acusador é que deve provar que o contribuinte violou disposição de lei, como única forma de lhe imputar infração cominando penalidade pecuniária, pois o ônus da prova cabe ao Fisco. Cita o art. 28, § 4º, II, do RPAF, no qual prevê que o Auto de Infração far-se-á acompanhar das provas necessárias à demonstração do fato argüido. Cita também o art. 142 do CTN, no qual dispõe que a atividade administrativa do lançamento é vinculada sob pena de responsabilidade funcional, assim como o art. 112 do CTN e 18 do RPAF. Assim, requer que seja reformada a Decisão de 1ª instância para declarar a nulidade do ato que com base na presunção de ocorrência do fato gerador de obrigação tributária e na falsa premissa de que caberia ao acusado provar o não cometimento da infração, houve por bem convalidar o malsinado Auto de Infração julgando pela sua parcial procedência.
3. No mérito, sustenta o recorrente que merece reforma a Decisão que manteve as infrações 1, 3, 4, 5 e 7.
4. Quanto às infrações 1, 3 e 7, defende que não merecem prosperar por estarem lastreadas em indícios, desprovidas dos indispensáveis elementos de prova, fulminadas, portanto, pela nulidade.
5. Por sua vez a infração 05 pretende imputar ao contribuinte o dever de pagar o ICMS referente às aquisições de mercadorias provenientes de outra unidade da Federação adquiridas com fins de comercialização, com base na denominada antecipação parcial do ICMS, estabelecida pela Lei nº 8.967/03, sendo flagrante a inconstitucionalidade da aplicação deste instituto, haja vista ser impugnante empresa de pequeno porte e, como tal, optante pelo Simbahia, cujo regime de apuração não faculta ao contribuinte que proceda pelo sistema de débitos e créditos, recolhendo mensalmente uma alíquota fixa incidente sobre sua receita, cuja prática compele ao contribuinte pagar imposto duas vezes com base no mesmo fato gerador, em flagrante *bis in idem*, operando-se verdadeiro confisco. Defende que não se trata de declarar a inconstitucionalidade da norma, mas, sim de deixar de aplicar aquelas flagrantemente ilegais.

6. Por fim, requer a reforma da Decisão recorrida para que seja declarada a nulidade do Auto de Infração ou, caso ultrapassada a preliminar, que seja julgado totalmente improcedente, por manifesta ausência de fundamento legal.

Em seu Parecer, às fls. 507 e 508 dos autos, a PGE/PROFIS opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que:

1. O conjunto probatório acostado aos autos comprova a infração imputada, pois, em primeira análise, todo documento fiscal tem insito na sua formatação à presunção de veracidade dos fatos nele inseridos até prova em contrário ou, então, desde que demonstrado sua invalidade do ponto de vista formal ou material, não sendo este o caso do presente Auto de Infração.
2. Ressalta que as evidências lastreadas no presente lançamento de ofício depõem justamente contra o autuado, ora recorrente, porquanto nos documentos fiscais arrostados constam o mesmo como destinatário das mercadorias e, além disto, as mercadorias comercializadas possuem similitude com o objeto do recorrente, sendo que o contribuinte não tomou nenhuma atitude contra a suposta falsificação material do documento fiscal.
3. Quanto à alegação da suposta não circulação das mercadorias, não há como se emprestar guarida, pois, entrementes de dúvidas, em razão de a nota fiscal ter sido apreendida pelo sistema de fiscalização do CFAMT, que as mesmas adentraram ao Estado da Bahia.
4. Por fim, no tocante à questão da inconstitucionalidade da exação relativa à antecipação tributária, o opinativo ressalta que é apenas uma forma de antecipação de pagamento do imposto conforme permissivo inserto no art. 150, § 7º, da CF/88, não cabendo ao CONSEF analisar, por expresse impedimento legal e ontológico.
5. Assim, por não ter o recorrente se desincumbido de fazer prova contrária aos fatos, limitando-se ao uso da contestação administrativa genérica, não carreando à lide ora exposta nada substancialmente forte a elidir as infrações materiais ora apreciadas, o ilustre representante da PGE/PROFIS entende escorreito o lançamento ora invectivado, do que opina pelo conhecimento e Improvimento do Recurso Voluntário.

## VOTO

Trata-se de Recurso de Ofício inerente às infrações 2 e 6 por ter a Decisão recorrida exonerado integralmente o sujeito passivo dos débitos originalmente nelas exigidos, como também de Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte no sentido de modificar a Decisão da 1ª Instância, no que tange às demais infrações do Auto de Infração.

Quanto às razões do Recurso Voluntário, observo que, tanto a título de preliminares quanto de mérito, não trazem qualquer fato novo capaz de modificar a Decisão recorrida, a qual se encontra devidamente fundamentada, sendo naquela oportunidade apreciadas todas as alegações de defesa, senão vejamos:

1º) Em relação à preliminar de cerceamento de defesa, em virtude de não terem sido apresentados elementos de prova capazes de corroborar os indícios de infração existentes em razão de notas fiscais capturadas pelo CFAMT, não pode ser acolhida, uma vez que as referidas notas fiscais foram colhidas pelo fisco no trajeto das mercadorias remetidas ao recorrente, cujos documentos consignam todos os dados cadastrais do destinatário, ora recorrente, sendo que os produtos comercializados são condizentes com seu ramo de atividade, prova suficiente de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, lhe entregues. Também, há de se registrar a existência em diversas notas fiscais de número do pedido, número da duplicata mercantil, dados do transportador, os quais comprovam, inequivocamente, a realização das operações mercantis dos produtos entre os fornecedores e o recorrente, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha destituir as existentes nos autos.

Assim, entendo que as acusações estão devidamente respaldadas em provas documentais, inexistindo qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, a qual

foi exercida plenamente, porém, de forma ineficaz por não ter sido acompanhada de provas que viessem a destituir as existentes nos autos, a exemplo de uma interpelação judicial contra quem usou, indevidamente, seus dados cadastrais, se é o caso.

2º) Quanto à alegada inconstitucionalidade da aplicação da antecipação parcial do ICMS a contribuintes enquadrados no regime de apuração do SimBahia, compelindo-os flagrante *bis in idem*, devo salientar que a Lei nº 8.967/03 que a instituiu prevê a sujeição do recolhimento para estes contribuintes, cabendo a este CONSEF a aplicação da legislação em vigor, dentro do princípio da legalidade que norteia a Administração Pública, sendo que não se inclui na competência deste Órgão a declaração de inconstitucionalidade da legislação, nos termos do art. 167 do RPAF/99.

Ademais, a aludida antecipação parcial do ICMS serve apenas para equiparar, provisoriamente, a carga tributária entre as operações internas e interestaduais, no caso de contribuintes sujeitos ao regime normal de apuração do imposto, pois se as compras fossem efetivadas dentro do Estado da Bahia incidiria idêntica carga tributária.

No caso concreto, por se tratar de contribuinte sujeito ao regime de apuração simplificado, no qual não existe a compensação pelo sistema de “débitos e créditos”, resulta como se fosse uma operação de aquisição interna, com carga tributária cheia, contudo não como exigência em duplicidade do ICMS, cabendo ao contribuinte avaliar os benefícios, para sua permanência ou não no citado regime SimBahia.

No tocante ao Recurso de Ofício, impetrado pela 3ª Jf e relativo às infrações 02 e 06, as quais foram julgadas insubsistentes, concordo com a Decisão Recorrida, por entender que as vendas de mercadorias declaradas na DME, referentes aos exercícios de 2003 e 2004, as quais serviram de base para o recolhimento do ICMS, comprovam o pagamento do imposto exigido nas citadas infrações.

Do exposto, meu voto é pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269181.0603/05-8**, lavrado contra **CARLOS ALBERTO QUEIROZ (MERCEÁRIA QUEIROZ)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$6.470,16**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$9.982,97**, prevista no art. 42, XII-A, da citada lei, com acréscimos moratórios, na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 6 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO - RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS