

PROCESSO - A. I. Nº 279934.0010/05-8
RECORRENTE - SUPERMERCADO HIPER REAL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0476-02/05
ORIGEM - INFAC SERRINHA-
INTERNET - 26/06/2006

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0236-11/06

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTOS A MENOS. Infração não elidida. 2. ENTRADA DE MERCADORIAS. 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. Imposto calculado pelo regime normal de apuração. Infração caracterizada em parte, por não ter sido concedido o crédito fiscal, conforme estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra a Decisão proferida pela 2ª JJF pertinente ao Acórdão nº 0476-02/05 que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração em lide, o qual foi lavrado em 30/06/2005 reclamando o valor de R\$161.794,19, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$13.685,09, nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), alusivo aos meses de outubro e dezembro de 2002, janeiro a julho, e outubro de 2003, e abril de 2004, conforme demonstrativos às fls. 38 a 40.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$5.167,05, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, correspondente ao período de março a dezembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 41 a 50.
3. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$130.774,66, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, caracterizada pela não inclusão na Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME) do montante das notas fiscais constante do Relatório do CFAMT, referente aos meses de dezembro de 2000, janeiro a abril de 2004, conforme documentos às fls. 51 a 81.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no total de R\$12.167,39, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, correspondente aos exercícios de 2000 a 2004, conforme demonstrativos às fls. 82 a 88.

Presente aos autos a ilustre 2^a JJF inicia seu julgamento considerando que a exigência do imposto é contra empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, e tecem as seguintes considerações;

INFRAÇÃO 1

Embora descrito no Auto de Infração que o fulcro da autuação é de que o contribuinte deixou de recolher o ICMS, nos prazos regulamentares, na condição EPP, sob exame o “*Demonstrativo do Débito da Empresa de Pequeno Porte*”, às fls. 38 a 40, revelam que a infração é de recolhimento a menos, uma vez que após a apurado o ICMS devido em cada período, foi deduzida a parcela que havia sido recolhida.

Não acolhem os ilustres julgadores a alegação da não consideração dos 20% sobre as aquisições de mercadorias, dado verificarem que nos valores da Receita Bruta Ajustada de cada período, foram adequadamente excluídas as deduções, a seguir exemplificando em demonstrativos algumas delas.

Dizem verificar, realmente ter havido os equívocos apontados na defesa, com relação aos débitos relativos aos meses de fevereiro de 2003 e abril de 2004, pois os recolhimentos constantes nos DAE’s à fl. 373 foram considerados incorretamente nos demonstrativos às fls. 39 e 40. Posteriormente às devidas correções, o débito dos citados períodos fica modificado para os valores de R\$28,28 (R\$2.403,39 – R\$2.375,11) e R\$1.028,26 (R\$3.568,96 – R\$2.540,70), vencimentos 09/03/2003 e 09/05/2004, respectivamente.

INFRAÇÃO 2

Foi lançada, relativamente à antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte inscrita no SimBahia, referente a aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação (fls. 41 a 50).

Observaram o cálculo correto, consoante a forma prevista no artigo 352-A do RICMS/97, a partir de março de 2004, e conforme demonstrado às fls. 41 a 50, com a indicação da cada detalhe pertinente, inclusive ao final de cada período deduzido o valor recolhido pelo contribuinte.

Passam ao questionamento da defesa, quanto à alegação de que não foram considerados os recolhimentos efetuados através de GNR, conforme documentos às fls. 374 a 387, concluindo que;

- 1) os DAE’s às fls. 374 e 375, nos valores de R\$3.446,14 e R\$1.723,07, não devem ser considerados uma vez que se referem ao mês de março de 2005, período não incluído neste item.
- 2) os recolhimentos, a título de antecipação parcial, constantes na Relação de DAE’s às fls. 376 a 387, foram considerados na apuração do débito.
- 3) quanto aos recolhimentos através GNR, para que fossem incluídos no levantamento do débito necessário seria a apresentação dos documentos de arrecadação contendo os respectivos documentos fiscais. Conforme intimação à fl. 1340, o autuado teve a oportunidade de apresentar relação discriminativa dos recolhimentos, e em sua impugnação à fl. 1345 apresentou as GNR’s às fls. 1347 a 1349, das quais às fls. 1348 e 1349, referem-se a notas fiscais que não fazem parte do levantamento, e a outra GNR não contém a especificação das notas fiscais.
- 4) as Relações de DAE’s às fls. 1350 a 1354 foram consideradas na ação fiscal.
- 5) com relação à ocorrência de incêndio, conforme cópia de Certidão Policial à fl. 1.459, observam os ilustres julgadores que a certidão foi expedida em 05/06/2003, e o lançamento contém períodos posteriores aos meses de junho, quais sejam de julho a dezembro de 2004.

Entende a ilustre JJF não terem sido apresentados documentos capazes para elidir a infração, pelo que mantém o lançamento, sendo devida aplicação da multa de 50%, prevista no artigo 42, inciso I, alínea “b”, item 1, da Lei nº 7.014/96 conforme consta na fl. 01 do Auto de Infração.

INFRAÇÃO 3

Refere-se à omissão de saídas de mercadorias tributáveis, por entradas não registradas, visto que na Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (DME) houve discrepância do montante das notas fiscais constante do Relatório do CFAMT, relativa a dezembro de 2000, e de janeiro a abril de 2004.

O lançamento, aduzem os ilustres julgadores, encontra-se devidamente especificado nos demonstrativos às fls. 51 a 81, “*Auditória de Entradas de Mercadorias no Estabelecimento*”, com base nas cópias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, e que não compete ao Estado notificar e apurar junto às empresas emitentes a comprovação das compras dessas mercadorias; e algumas notas fiscais estão escrituradas no livro Registro de Entradas docs. fls. 388 a 412.

Quando da constatação que o contribuinte não contabilizou nem escriturou notas fiscais de aquisição, configura-se a presunção legal de omissão de saídas anteriores, cuja imputação, está amparada no artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/97, e de acordo com o artigo 408-S deste Regulamento. Em ocorrências desta natureza, a apuração do débito deve ser feita pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, cabendo ao autuado apresentar provas capazes para elidi-la, indicando a fonte de Recursos utilizada para o pagamento das citadas aquisições.

Com referência aos documentos fiscais coletados no trajeto das mercadorias para o estabelecimento, eles se constituem como elementos materializadores da ocorrência. Foi necessário baixar o processo em diligência para que o autuante fizesse a juntada de cópias das mesmas, e, mediante intimação específica fossem entregues cópias ao contribuinte. Conforme intimação à fl. 1340, o autuado recebeu cópias das notas fiscais coletada nos postos fiscais pelo CFAMT e do pedido de diligência à fl. 426, e juntou cópias de notas fiscais às fls. 1357 a 1457 (relação abaixo) visando mostrar que estão lançadas no Registro de Entradas. Da conferencia efetuada pela ilustre JJF, destacaram-se não escrituradas no Livro Registro de Entradas, as constantes às fls. 80 a 365.

Relacionam os i. julgadores todas as notas fiscais que o autuado alegou ter lançado no Registro de Entradas (fls. 1347 a 1357) considerando assim, não elidida a presunção legal de operações de saídas não registradas, caracterizada por entradas não declaradas.

Observam que em virtude do estabelecimento no período se encontrar incluso no SimBahia, na apuração do débito haveria de ser concedido o crédito presumido de 8%, conforme estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02, para o período de janeiro a abril de 2004, pois somente a partir de maio de 2004 passou para regime normal de apuração do imposto. Por isso, o débito em parte desta infração 3 (ano de 2004), fica reduzido para o valor de R\$55.192,34, conforme demonstração analítica das competências, números das notas fiscais e valores correspondentes, conforme segue;

MÊS	NOTA FISCAL	VALOR (R\$)
mar/04	1305	440,00
mar/04	2582	352,24
jan/04	5714	947,60
fev/04	6698	546,68
jan/04	18193	532,47
jan/04	35181	7.373,00
jan/04	43173	805,36
jan/04	44433	517,40
fev/04	44647	478,40
fev/04	44883	435,50
fev/04	44999	700,40
jan/04	46787	2.043,64
abr/04	49423	1.409,40
abr/04	50013	1.199,44

mar/04	50108	3.689,16
abr/04	52642	3.120,76
jan/04	66408	3.831,53
jan/04	66597	510,50
jan/04	102404	518,40
fev/04	109811	1.145,77
fev/04	119707	1.424,78
mar/04	124393	823,63
jan/04	128311	4.150,00
abr/04	151007	953,04
fev/04	158820	2.296,48
fev/04	158822	3.126,21
jan/04	161655	1.036,35
fev/04	162863	4.963,68
fev/04	165498	777,15
abr/04	169696	900,00
fev/04	173024	8.742,96
jan/04	263659	479,43
abr/04	299492	4.190,00
abr/04	299495	1.246,50
jan/04	301157	2.736,42
jan/04	301158	601,89
mar/04	358413	981,96
jan/04	358414	634,02
abr/04	364558	892,98
abr/04	364559	671,69
jan/04	390468	583,87
jan/04	429798	695,77
jan/04	737866	572,96
jan/04	737867	457,11
jan/04	737868	529,93
jan/04	737869	2.118,14
jan/04	737870	1.079,96
TOTAL		78.264,56
CRÉDITO FISCAL DE 8%		6.261,17

IMPOSTO APURADO FL.81	61.453,51
CRÉDITO FISCAL DE 8% (-)	6.261,17
ICMS DEVIDO	55.192,34

INFRAÇÃO 4

Este lançamento foi motivado por falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em aquisições interestaduais de mercadorias arroladas nos Anexos 69 e 88 do RICMS/97, conforme consta do discriminativo às fls. 82 a 88.

Relata a ilustre JJF que apesar de intimado a pedido da mesma, o autuado não apresentou as GNR's, relativas a recolhimentos alegados, as quais deveriam vir com a indicação dos documentos fiscais, de modo a tornar possível confrontá-los com o levantamento do autuante; como através as relações às fls. 1347 a 1354 não é possível identificar quais recolhimentos foram efetuados, mantêm o lançamento.

Julgam pela Procedência Parcial do Auto de Infração no valor de R\$151.852,68, em decorrência das modificações havidas, ficando os débitos das infrações 1 e 3 demonstrados conforme abaixo;

INFRAÇÃO 01 - 02.09.02

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/10/2002	9/11/2002	7.769,71	3,50	50	271,94

31/12/2002	9/1/2003	22.020,29	4,50	50	3.743,45
31/1/2003	9/2/2003	928,40	2,50	50	23,21
28/2/2003	9/3/2003	1.131,20	2,50	50	28,28
31/3/2003	9/4/2003	1.121,20	2,50	50	28,03
30/4/2003	9/5/2003	49.564,00	3,00	50	1.486,92
31/5/2003	9/6/2003	623,33	3,00	50	18,70
30/6/2003	9/7/2003	378,00	3,00	50	11,34
31/7/2003	9/8/2003	623,33	3,00	50	18,70
31/10/2003	9/11/2003	95.597,71	3,50	50	3.345,92
30/4/2004	9/5/2004	34.275,33	3,00	50	1.028,26
TOTAL DO DÉBITO				10.004,75	

INFRAÇÃO 03 - 05.05.01

Data Ocor.	Data Venc.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito
31/12/2000	9/2/2001	60.148,53	17	70	10.225,25
31/12/2001	9/3/2002	106.592,59	17	70	18.120,74
31/12/2002	9/4/2002	46.080,00	17	70	7.833,60
31/12/2003	9/5/2002	194.950,35	17	70	33.141,56
31/12/2004	9/6/2002	324.660,82	17	70	55.192,34
TOTAL DO DÉBITO				124.513,49	

No Recurso Voluntário apresentado por advogados prepostos, ao início pugnam com referência à infração 3, citando no Regulamento do ICMS estarem as empresas optantes pelo SimBahia desobrigadas à escrituração das notas fiscais de entradas, e que as notas acostadas aos autos não provam a efetiva entrada das mercadorias no estabelecimento do recorrente.

Dizem no mérito da presunção de omissão de saídas por entradas não registradas, deva ser afastada, porquanto o recorrente provará efetivado o devido registro, ou assim não sendo, o autuante deixou de considerar relevantes ocorrências de recursos, tais como empréstimos de financeiras e de terceiros, venda de bens do ativo fixo, prestações de serviços do autuado, conforme se comprovará até a audiência de julgamento.

Passam a comentar a infração 4, alertando que o recolhimento do ICMS da antecipação tributária não cabe ao destinatário, mas sim aos remetentes das mercadorias, dadas as exceções previstas no art. 355 do RICMS. E que o tributo foi recolhido na saída, constituindo-se a infração em mera obrigação acessória, consoante Lei nº 7014/96 art. 42, § 1º.

E que para com as empresas denominadas microempresas e empresas de pequeno porte, o imposto deve ser recolhido pelo regime do SimBahia e não pelo regime normal de apuração de imposto.

Em continuação, seguem-se considerações acerca das razões de impugnação, citações de textos legais, Acórdãos vários dispondo acerca da não obrigatoriedade de escrituração do Livro de Registro de Entradas às empresas optantes pelo SimBahia.

Abordando o quesito da Origem de recursos, o recorrente alega o insuficiente lapso de tempo havido entre a lavratura do auto e a expiração do prazo para apresentar a defesa, mas os comprovará, apresentando a tempo, antes do julgamento do presente PAF. E que uma vez provada a origem da receita, fatalmente a ação fiscal será julgada nula ou mesmo improcedente. A seguir, transcreve Acórdãos relativos a lançamentos semelhantes ao ora em comento, todos com Provimento ao Recurso Voluntário, tendo em vista a apresentação das provas alegadas.

Passando em seguida a comentar acerca da infração 4, reprisa o recorrente que o referido pagamento do imposto antecipado, compete as empresas remetentes das mercadorias. E em apoio a sua colocação, transcreve integralmente o art. 355, seus incisos I a VIII, § único, I e II, art. 149, art. 150, incisos VI, § 2º, art. 125, II, “i”) 1, 2, 3 e 4 todos do RICMS/BA.

Comenta o recorrente que a auditoria obrigatoriamente deveria buscar informações com o substituto tributário, solicitando a este a apresentação das GNREs relativas as operações havidas, e que o agente autuante não pode contemplativamente manter-se em relação ao PAF, incumbindo ao contribuinte a árdua tarefa de prestar todas as informações necessárias.

Desenvolve o recorrente extensa narrativa acerca de no Mérito, deparar-se com Bitributação Encontrada, exemplificando situações hipotéticas, e citando outros Acórdãos deste CONSEF.

Da mesma sorte, outro capítulo é desenvolvido acerca da Aplicação Equivocada da Alíquota de 17%. Nas Infrações em Detimento da Legislação do SimBahia, no qual é advogado, após citações de Acórdãos diversos e com temas também variados, que se sobre o imposto das efetivas saídas de mercadorias em consonância com o que prescreve a legislação estadual pertinente às microempresas.

Requer o recorrente, a nulidade do Auto de Infração em apreço, e se assim não entender este CONSEF decida pela Improcedência do mesmo Auto de Infração, e se decorrer ainda assim não atender ao petitório encaminhado, que seja exigido o imposto relativo às efetivas saídas em consonância com a legislação pertinente às microempresas e às empresas de pequeno porte.

Presente aos autos, a ilustre procuradora Dra. Maria Dulce Baleiro Costa, tece comentários acerca dos autos remetidos à PGE/PROFIS, dizendo ao início que a opção pelo regime SimBahia não exclui da fiscalização a opção de adotar roteiros tidos como próprios às empresas normais, dado a Lei nº 7357, em seu art. 19 possibilitar essa adoção, quando constatada infração grave como no caso em comento.

Aduz a i. procuradora verificar que as notas fiscais coletadas junto ao CFAMT estão anexadas ao processo, contém dados cadastrais corretos do recorrente e se referem a mercadorias compatíveis com seu ramo de negócio, cabendo, pois, ao recorrente, comprovar as alegações havidas, tais como retorno, posterior reenvio ou não recebimento das mesmas, o que não resta visto no presente PAF, nem mesmo em tentativas.

De igual sorte, segue a ilustre procuradora, a fonte de origem de recursos ao Caixa carece, também, de comprovações, quais fossem notas promissórias, contratos de mútuo ou outras ações com provas, que tivessem o condão de firmar as alegações do recorrente.

E com referência à falta de recolhimento por antecipação, destaca a ilustre procuradora que apesar de intimado, o recorrente não comprovou o recolhimento do imposto pelo remetente, o que de acordo com a legislação vigente, ensejou sua responsabilidade pelo pagamento do ICMS, principal, e não somente descumprimento de obrigação acessória.

Opina ao final de seu Parecer, pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

VOTO

As infrações de números 1 e 2 não são enfrentadas no recurso voluntário apresentado pelo recorrente, pelo que é dispensado comentá-las.

A alegação sustentada pelo recorrente de que às empresas enquadradas no SimBahia, como na espécie em análise, é dispensada a obrigatoriedade da escrituração fiscal do Livro Registro de Entradas, diferentemente do que ocorre com as empresas do regime Normal, não tem relevância qualquer na questão em análise, porquanto a lavratura em análise teve sua origem na verificação de discrepâncias nos valores informados pelo recorrente nas DMEs, frente a dados constantes do CFAMT.

A imputação da infração 3 – *Omissão de Saídas de Mercadorias Tributáveis, apurada através entradas de mercadorias não registradas*, foi contestada sob argumentação de que muitas das notas fiscais de entradas compreendidas no levantamento fiscal padecem de provas reais, mediante cópias das mesmas, e de que outras mais pertinentes ao mencionado levantamento não foram

realmente adquiridas pelo recorrente, por indevida e equivocadamente encaminhadas pelo fornecedor, e ao qual foram refaturadas ou efetivamente devolvidas, conforme comprovariam no decorrer do PAF: não restou provado.

Configurou-se então a presunção legal da omissão de saídas anteriores de mercadorias, conforme art. 2º, § 3º inciso IV do RICMS/BA. Assim, a apuração do imposto deve ser procedida pelos critérios e alíquotas das operações das empresas sob regime Normal de apuração, competindo ao autuado a condução de provas fáticas, capazes à elisão da infração.

Da mesma sorte não ocorreu a devida comprovação, com a apresentação de provas desejavelmente factíveis, que viessem a corroborar as justificativas do ingresso de recursos formais, de outras fontes quaisquer, para auxílio de suprimentos ao caixa, fulcro do lançamento fiscal desta infração.

Nesta infração 3 há correção do valor lançado, com redução, porquanto até abril de 2004 a empresa ostentava a condição de optante pelo SimBahia, com direito ao crédito presumido de 8% (art. 408-S parágrafo 1º do Regulamento, alterado pelo Decreto nº 8413/02). Em consequência, parte do débito desta infração 3 fica reduzido para R\$55.192,34 e seu total encerra o valor de R\$124.513,49 com o qual concordo.

Com respeito à infração 4, a qual consistiu na falta de recolhimento do ICMS por substituição na condição de sujeito passivo, nas aquisições interestaduais de mercadorias indicadas nos anexos 69 e 88 do RICMS/BA. Não foram apresentadas as GNRs alegadas, as quais seriam imprescindíveis constarem dos autos, acompanhadas das indicações precisas dos documentos fiscais respectivos, para permitir cotejamento com o levantamento promovido pelo agente autuante, a fls. 1347 a 1354.

Voto, portanto, pelo NÃO PROVIMENTO ao Recurso Voluntário apresentado.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NAO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 279934.0010/05-8, lavrado contra SUPERMERCADO HIPER REAL LTDA., devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$151.852,68, sendo R\$1.895,18, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, e R\$149.957,50, acrescido das multas de 50% sobre R\$15.171,80, 60% sobre R\$10.272,21 e 70% sobre R\$124.513,49, previstas no artigo 42, I, “b”, “1”, II, “d” e III, da citada Lei, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de junho de 2006.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR – RELATOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS