

A. I. Nº - 298576.0020/05-9
AUTUADO - SUPERBRAZ SUPERMERCADO BRAZ LTDA.
AUTUANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAZ BRUMADO
INTERNET - 18.07.06

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0238-02/06

EMENTA: ICMS. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL NA CONDIÇÃO DE EPP. Infração caracterizada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTOS A MENOS. Infração não elidida. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Imposto calculado pelo regime normal de apuração, com a concessão do crédito fiscal de 8%, conforme estabelecido no § 1º do art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97. Infração caracterizada. Rejeitada a preliminar de nulidade, e indeferido o pedido de diligência. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/09/2005, reclama o valor de R\$ 37.349,20, sob acusação do cometimento das seguintes infrações.

1. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$ 628,29, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, correspondente aos meses de maio, junho, julho e setembro de 2004, conforme demonstrativo à fl. 10.
2. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$28.780,91, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis representada por saldo credor na Conta “Caixa”, nos meses de fevereiro, março, maio a novembro de 2003, janeiro a agosto, e novembro de 2004, conforme demonstrativos às fls. 11 a 115.
3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no total de R\$ 7.940,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, correspondente aos meses de março a julho, setembro a dezembro de 2004, conforme demonstrativo à fl. 09.

O sujeito passivo representado por inventariante legalmente nomeado, no intróito de sua defesa às fls. 516 a 534, teceu comentários sobre princípios da verdade material e da tipicidade cerrada que devem nortear toda a ação fiscal, inclusive na visão de tributaristas de renome nacional, e em

seguida, argüiu a nulidade do Auto de Infração com base na preliminar de que não foi lavrado o Termo de Início de Fiscalização previsto no artigo 28, inciso I, do RPAF/99, e que, se o foi, não houve sua transcrição no Livro de Ocorrências (RUDFTO).

No mérito, alega que ficou impossibilitado de se defender da infração 01, em razão do autuante não ter discriminado quais seriam as mercadorias que não tiveram o ICMS de antecipação parcial pago.

Quanto a infração 02, aduz a improcedência da autuação sob o argumento de que saldo credor de Caixa não é fato gerador do ICMS. Questiona, ainda, a adoção do cálculo do imposto apurado com base no Regime Normal de Apuração por ser optante pelo Regime Simplificado de Apuração e Pagamento do ICMS – SIMBAHIA, inclusive a aplicação da alíquota de 17% sobre o montante a ser tributado. Alega que parte das operações de saídas ocorreu com a fase de tributação encerrada, por se tratar de mercadorias sujeitas à antecipação tributária. Além disso, alega a não observância do princípio da não-cumulatividade do ICMS. Requer a realização de diligência por fiscal estranho ao feito para proceder ajustes que entende necessários no cálculo do imposto. Citou a jurisprudência do CONSEF (Resolução nº 3766/96; Acórdão JJF 0045/99; Acórdão JJF 0513/99), referente a casos em que foram consideradas nulas as ações fiscais por erro na apuração da base de cálculo, e solicitou que fossem acostadas na íntegra as decisões citadas.

Com relação a infração 03, também foi alegado que não foram indicadas quais mercadorias do Anexo 88 do RICMS/97 que tiveram o ICMS pago por substituição.

Por fim, requer seja acatada a preliminar de nulidade e a improcedência da autuação, protestando pela produção de todos os meios de prova em direito admitidos, inclusive por meio de diligência fiscal.

Em virtude do autuante se encontrar afastado de licença, a informação fiscal por prestada por outro preposto fiscal, conforme documentos às fls. 548 a 549, com base no seguinte.

Quanto a preliminar de nulidade, o informante aduziu que contrariamente ao argüido pelo sujeito passivo, o início da ação fiscal foi formalizado mediante a lavratura do competente Termo de Início de Fiscalização e Intimação Para Apresentação de Livros e/ou Documentos, conforme documento à fl. 07, o qual, foi firmado pelo contabilista da empresa cadastrado na Secretaria da Fazenda, tendo surtido todos os efeitos legais haja vista que foram apresentados todos os livros e documentos fiscais necessários ao desenvolvimento da auditoria fiscal-contábil.

Sobre o mérito, no caso da infração 01, esclareceu que o autuante apensou à fl. 10 a planilha do cálculo do imposto, onde contém discriminadas as mercadorias objeto da autuação, e ainda cópias autenticadas de todas as notas fiscais de aquisição (docs. fls. 405, 414, 432 e 456).

Foi esclarecido que o débito da infração 02 foi apurado através do roteiro contábil de auditoria que identificou saldos credores na Conta Caixa, cuja ocorrência, a legislação (art. 2º, § 3º, inc. I, do RICMS/97) autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Quanto a adoção do regime normal, ressalta que o artigo 408-S do RICMS/97 prevê a apuração do débito pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais quando o contribuinte incorrer na prática de qualquer das infrações prevista no artigo 408-L do citado Regulamento. No que concerne a alegação de não observância do princípio da não-cumulatividade do ICMS, informa que o autuante atendeu ao previsto no § 1º do artigo 408-S do RICMS/97 concedendo o crédito fiscal, no montante de R\$ 25.583,03, calculado à alíquota de 8% sobre o montante das saídas computadas na apuração do débito do imposto. Com relação ao questionamento da alíquota de 17% que foi aplicada, salienta que por se tratar de lançamento fundado na presunção de saídas anteriores não levadas à tributação, e considerando a diversidade de itens comercializados pelo estabelecimento, torna-se impossível

determinar quais mercadorias teriam saída sem contabilização, e por conseguinte, com que carga tributária, situação em que a norma legal autoriza a prática da alíquota básica interna de 17%.

Acerca da infração 03, foi esclarecido que o autuante juntou aos autos planilha demonstrativa do cálculo do imposto e cópias dos documentos fiscais correspondentes (doc. fls. 09 e 133 a 511).

Considerando que não constava nos autos nenhum documento de prova que o sujeito passivo tivesse recebido os levantamentos e demonstrativos às fls. 08 a 115 que fundamentam as infrações imputadas, na Pauta Suplementar do dia 24/01/2006 o processo foi baixado em diligência à Infaz de origem para que fosse expedida intimação dando conhecimento ao autuado, mediante entrega, sob recibo, dos seguintes documentos, e reabrindo-se o prazo de defesa por 30 (trinta) dias:

1. Demonstrativo do Débito - fl. 08;
2. Apuração da Substituição Tributária Devida por Entradas de Mercadorias no Estabelecimento - fl. 09;
3. Demonstrativo de Débito de ICMS – Antecipação Parcial - fl. 10;
4. Valores Negativos de Saldos de Caixa Correspondentes a Estouro de Caixa – fls. 11 a 115;
5. Termo de Início de Fiscalização e Intimação para Apresentação de Livros e/ou Documentos – fl. 07;
6. Entregar cópia do teor do pedido de diligência – fl. 552.

Conforme intimação expedida pela Inspetoria Fiscal de Brumado foi reaberto o prazo de defesa mediante a entrega dos documentos acostados às fls. 07, 08, 09, 10, 11 a 115, 548, 549 a 552 e AR (fl. 554 e verso), tendo o sujeito passivo apresentado às fls. 556 a 560, aditamento à impugnação nos seguintes termos.

Ratificou em todos os termos sua impugnação anteriormente apresentada, e discordou da reabertura do prazo de defesa para correção da falta de entrega dos demonstrativos que instruem a autuação, por entender que o § 1º do artigo 18 do RPAF/99 não abre a possibilidade de tal correção, pois, de acordo com o citado dispositivo regulamentar, o Auto de Infração só pode ser objeto de revisão se se tratar de não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação, e que no caso, concluiu não ter havido um erro meramente formal e sim um erro grave na lavratura do Auto de Infração.

Em seguida, ressalta que para poder se defender das acusações fiscais necessita não somente das folhas dos demonstrativos e documentos que foram entregues, mas de cópia do todo o PAF.

Por conta desses argumentos, requer a nulidade do Auto de Infração, e pede que o órgão julgador fundamente com precisão a revisão que levou a efeito com a reabertura do prazo de defesa, ou caso contrário a improcedência da autuação, protestando provar por todos os meios admitidos em direito, inclusive, por meio de diligências fiscais, bem como pela juntada de novas provas.

A Auditora Fiscal que prestou a informação fiscal às fls. 564 a 565, salientou que a alegada falta de alguns papéis de trabalho não impossibilitou ao autuado formular sua defesa administrativa de forma sistemática, tendo em vista que a sua arguição de inexistência do Termo de Início de Fiscalização e nomeação das mercadorias cuja aquisição gerou débito do ICMS foram esclarecidas na informação fiscal às fls. 548 a 549.

Chama a atenção de que com a entrega dos demonstrativos e dos levantamentos que instruem a autuação, a pedido do órgão julgador, ficou eliminada qualquer possibilidade de decretação de nulidade do processo, pois foi suprida a falta argüida na defesa.

Salientando que o sujeito passivo não trouxe aos autos nenhum dado ou fato que possa elidir a ação fiscal, manteve integralmente a autuação.

VOTO

Analizando a preliminar de nulidade argüida pelo sujeito passivo, relativa a falta de lavratura do Termo de Início de Fiscalização previsto no artigo 28, inciso I, do RPAF/99, e que, se o foi, não houve sua transcrição no Livro de Ocorrências (RUDFTO), observo que realmente não existe nos autos nenhum documento nesse sentido. Porém, de acordo com inciso II, do artigo 28 do RPAF/99, a lavratura do Termo de Início de Fiscalização pode ser dispensada pelo Termo de Intimação para Apresentação de Livros e Documentos Fiscais, e no presente processo, a intimação para que fossem exibidos os elementos solicitados pela fiscalização foi devidamente lavrada, se encontra assinada pelo preposto do autuado, conforme documento à fl. 07.

Observo que na lavratura do Auto de Infração foi obedecido o disposto no artigo 41, do RPAF/99, eis que, consta o Termo de Intimação para apresentação de documentos fiscais e dos demonstrativos e dos levantamentos elaborados pelo autuantes, os quais se fundamenta a autuação.

De acordo com o § 1º do artigo 18 do RPAF/99, “as eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigência meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções ser corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-lhe no ato da intimação cópias dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.”

No caso, tendo sido verificado na fase de instrução deste processo para fins de ser pautado para julgamento que não existia nos autos prova de que o sujeito passivo tivesse recebido os demonstrativos de apuração do débito que instruem a ação fiscal, esta Junta de Julgamento Fiscal diligenciou o processo à Infaz de origem para que fossem entregues os documentos às fls. 08 a 115 que instruem a autuação, de modo que fosse possível o exercício da ampla defesa e do contraditório, providência essa que foi devidamente cumprida pela repartição fiscal conforme documentos à fl. 554 e verso, nos quais observo que se encontram discriminados todos os dados dos documentos fiscais extraída da própria escrita fiscal e permitem ao sujeito passivo exercer a ampla defesa e o contraditório.

Desta forma, considero que o não cumprimento do autuante da norma do artigo 46 do RPAF/99 se caracterizou como uma não-observância de exigência meramente formal contida no citado dispositivo regulamentar, possibilitando a sua correção nos termos do § 1º do artigo 18 do RPAF/99.

Quanto a pretensão do sujeito passivo no sentido que lhe fosse fornecida cópia de todo o PAF, deixo de acatar este pedido, pois já lhe foram entregues os levantamentos às fls. 08 a 115, e os documentos que se encontram às fls. 116 a 511 tratam-se de fotocópias de controles contábeis e notas fiscais cujos originais estão de posse do autuado.

Assim, afasto todas as preliminares de nulidade suscitadas pelo autuado, pois o presente lançamento foi efetuado em conformidade com os dispositivos legais pertinentes, em especial o artigo 39, do RPAF/99, eis que, contém todos os elementos esclarecedores da acusação fiscal, tais como a descrição do fato, o enquadramento legal, os valores de cada período, a multa aplicada, o demonstrativo detalhado do débito, além dos demonstrativos às fls. 09 a 109. Portanto, sendo observados os princípios da legalidade e da tipicidade, uma vez que através dos demonstrativos e levantamentos constantes nos autos e entregues ao autuado, é perfeitamente possível identificar o real motivo da autuação, o pleito do autuado não encontra amparo em nenhum dos incisos do artigo 18, do RPAF/99.

No tocante ao pedido de diligência, por fiscal estranho ao feito, formulado pelo autuado, o rejeito porque já se encontram no processo todos os elementos de minha convicção e, além disso, tal

providência é desnecessária em vista das outras provas produzidas, de acordo com o artigo 147, inciso I, alínea “a” e inciso II, alínea “b”, do RPAF/99. Ademais, acorde o artigo 145, do RPAF/99, “o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”, o que não foi feito pelo contribuinte em sua peça de defesa.

No mérito, pelos documentos constantes nos autos é possível concluir-se o seguinte.

Infração 01 – Trata-se de antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, referente a aquisições de mercadorias em outras unidades da Federação, correspondente aos meses de maio, junho, julho e setembro de 2004.

O débito foi calculado na forma prevista no artigo 352-A do RICMS/97, e encontra-se devidamente demonstrado à fl. 10, com a discriminação do número das notas fiscais, data de entrada, fornecedor, valor da nota fiscal, imposto destacado na origem, débito do ICMS e o ICMS devido por antecipação parcial. Neste caso, por se tratar de antecipação parcial não há necessidade de ser identificadas quais são as mercadorias, muito embora constam nos autos cópias das notas fiscais às fls. 405, 414, 430 e 456. Mantenho o lançamento, pois o autuado não apontou erro nos números, e o cálculo está em perfeita conformidade com o RICMS/BA.

Infração 02 – Diz respeito a falta de recolhimento do ICMS por empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis representada por saldo credor na Conta “Caixa”, nos meses de fevereiro, março, maio a novembro de 2003, janeiro a agosto, e novembro de 2004.

Quando é detectada pela fiscalização omissão de saídas de mercadorias apuradas através de saldo credor de Caixa, conforme mencionado, a legislação tributária autoriza a presunção legal de omissão de mercadorias sem a tributação devida (art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97). Para elidir esta presunção legal, caberia ao autuado apresentar a comprovação da origem do numerário utilizado no pagamento das aquisições.

O autuado não contestou os números apurados na planilha intitulada de “Valores Negativos de Saldo de Caixa Correspondente a Estouro de Caixa”, às fls. 11 a 115, na qual, consta a especificação do mês da ocorrência, o histórico do lançamento, o número do documento, os recebimentos, os pagamentos e o saldo de Caixa (devedor ou credor), onde se constata que na maioria dos meses não ocorreu saldo credor.

Fica mantido o lançamento deste item, por está demonstrado a origem de cada valor apurado, e o autuado recebeu cópias de referida planilha e não apontou erro na sua apuração.

Infração 03 – A exigência fiscal refere-se a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no total de R\$ 7.940,00, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, correspondente aos meses de março a julho, setembro a dezembro de 2004.

No demonstrativo à fl. 09, constam a discriminação do número das notas fiscais, data de entrada, fornecedor, UF de origem, valor dos produtos, MVA, alíquotas, ICMS normal, base de cálculo da substituição tributária e substituição tributária devida, inclusive, quanto se trata de açúcar ou farinha de trigo, consta uma coluna indicando a quantidade adquirida.

Quanto a alegação do autuado de que não havia sido indicada nos demonstrativos de apuração do débito o nome das mercadorias, observo que além de existir uma coluna onde estão especificadas as quantidades de açúcar e farinha de trigo, para os demais produtos (balas e bebidas alcoólicas) conectando-se o número das notas fiscais originais que estão de posse do autuado ou as cópias das

mesmas às fls. 190, 191, 373, 400, 399, 398, 416, 431, 454, 453, 461, 460, 462, 463, 475, 476, 477, 479, 491, 490, 500 e 503 dos autos, é possível fazer a identificação das mercadorias.

Por derradeiro, registro que a jurisprudência do CONSEF citada na defesa não se aplica ao presente caso, por se tratar de situações diversas da presente.

Portanto, considerando que não foi apresentada nenhuma prova para elidir o trabalho fiscal, concluo que está caracterizado o cometimento das infrações. Contudo deve ser observado que a multa prevista para a infração 3 é a prevista no art. 42, inciso I, alínea “b” 1.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298576.0020/05-9**, lavrado contra **SUPERBRAZ SUPERMERCADO BRAZ LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 37.349,20**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 8.568,29 e 70% sobre R\$ 28.780,91, previstas no artigo 42, I, “b” 1, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR