

A. I. N° - 087078.0006/06-4  
**AUTUADO** - LOJAS LEMOS COMÉRCIO DE MÓVEIS E TECIDOS LTDA.  
**AUTUANTES** - ARQUINITO PINHEIRO SOUSA  
**ORIGEM** - INFAC VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 24. 11. 2006

**4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF N° 0357-04/06**

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA MICROEMPRESA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração reconhecida. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE REGISTRO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES ANTERIORES 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. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração parcialmente elidida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO NA ENTRADA DO TERRITÓRIO DESTE ESTADO. MERCADORIAS PROCEDENTES DE OUTROS ESTADOS. É legal a exigência do ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Infração mantida. 4. LIVRO FISCAL. FALTA DE APRESENTAÇÃO. LIVRO CAIXA. Infração reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 30/06/2006, para exigência de ICMS e multa pelo descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$121.315,20, em decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). Em virtude de ter estado enquadrado na faixa indevida do SIMBAHIA por motivo de informações inexatas nas DMEs dos exercícios de 2001 a 2005, no valor de R\$ 7.260,00.
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Em razão das irregularidades detectadas, foram utilizados os critérios e alíquotas aplicáveis ao regime normal de apuração do ICMS, conforme estabelece o art. 408-L, incisos V, VI e VII do RICMS, deduzindo-se o crédito presumido de 8% em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais. Valor do imposto R\$ 89.484,25.
3. Falta de recolhimento do ICMS a título de antecipação parcial, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, adquiridas para fins de comercialização. Valor R\$ 24.110,95.
4. Falta de escrituração do livro Caixa, referente aos exercícios de 2001 a 2005. Multa de R\$ 460,00.

O autuado apresenta requerimento, pg. 712, datado de 01/08/2006, informando a entrega das notas fiscais de entradas de mercadorias do exercício de 2002 à repartição fazendária, para que seja anexada ao processo tributário, como também as notas fiscais de saídas de numeração seqüencial

097 a 01932, do período de 2001 a 2005, conforme pg. 716, explicando que não foram entregues tempestivamente em razão de falha no escritório de contabilidade e falha na recepção dos documentos.

Através de advogado constituído, o impugnante apresenta defesa às fls. 720 a 729 deste PAF argumentando o seguinte:

Inicialmente, suscita preliminar de nulidade da ação fiscal alegando que na lavratura do Auto de Infração não foram obedecidos os requisitos legais atinentes ao Processo Administrativo Tributário, tendo em vista que neste ato administrativo todos os enquadramentos das supostas infrações foram feitos com citações dos decretos estaduais, sem referências aos dispositivos da Lei. Alega ainda que não existem provas de ocorrência do fato gerador, tendo em vista que não houve a contagem física dos estoques, não sendo possível apurar a omissão de saída de mercadorias.

No mérito, quanto à infração 01, afirma que é improcedente vez que o agente fiscal utilizou como base para o reenquadramento de faixa da empresa, as compras realizadas pela mesma, porém, de acordo com a legislação do SIMBAHIA no seu art. 384-A, inciso I, determina que o enquadramento se dá com base nas vendas realizadas. Ressalta que o auditor não analisou as notas fiscais dos períodos de 2001 a 2005 apresentadas pela empresa à INFRAZ desta cidade.

Na infração 02, salienta que considera legítimo o procedimento fiscal, entretanto, não serve de fundamento para concluir que houve saída de mercadoria sem documento fiscal.

Diz que ao analisar o volume de photocópias de notas fiscais de compras em nome da empresa, está providenciando, por meio de circular aos fornecedores e transportadoras que informe a entrada/recebimento das mercadorias por meio de comprovante da efetiva entrega, visto que a empresa não dispõe de um setor organizado de controle, de contabilidade e nem mesmo teria condições de manter um funcionário especializado para atender tantos dispositivos da legislação tributária e é até por isso que o art. 408-C do RICMS/BA dispensa as microempresas das obrigações acessórias, com exceção da escrituração do livro de inventário e livro caixa.

Quanto à aplicação do regime normal de apuração do ICMS, assevera que em momento algum o Inspetor Fazendário interveio neste ato para o desenquadramento da empresa, sendo assim, não há o que se falar em mudança de regime.

Em relação à infração 03, argumenta que os arts. 391-A e 352-A, prevêem o recebimento e/ou a ocorrência da efetiva entrada da mercadoria, cuja comprovação não se constata nos autos, por isso, não se pode falar em obrigação tributária, face à “inexistência de fato gerador”.

Aduz que o art. 121 do CTN, mostra que não há substituição tributária sem que haja outro sujeito passivo que se chama responsável. Sobre a antecipação parcial, diz que na verdade é apenas um sofisma da Lei, pois, trata-se de antecipação total na medida em que a antecipação tem em vista um fato gerador presumido, em outras palavras, a constituição federal somente autoriza o fato gerador presumido em caso de substituição tributária.

Conclui que não havendo fato gerador do ICMS e em não havendo substituição tributária, não há que se falar em fato gerador presumido, por isto, não resta configurada a obrigação tributária.

Sobre a infração 04, reconhece a obrigatoriedade deste procedimento e já solicitou ao contabilista que inicie o procedimento regular do livro Caixa.

Ao final, requer o acatamento da defesa, visto que são totalmente irregulares as infrações imputadas ao contribuinte.

O autuante presta a informação fiscal de fls. 753 a 754, na qual tece os seguintes esclarecimentos: Ressalta que a argüição de nulidade do Auto de Infração não deve ser acolhida, uma vez que não houve cerceamento de defesa e menos ainda desrespeito ao contraditório, sendo que estiveram à disposição do contribuinte todos os levantamentos e documentos referentes às auditorias realizadas.

Na infração 01, informa que no demonstrativo de fl. 20, foi determinada a faixa do Simbahia com base nas notas fiscais de compras, vez que não foram entregues para a fiscalização as notas fiscais de saídas e nem o livro caixa, e neste caso, foi mantida a mesma sistemática, considerando que o contribuinte apresentou as notas fiscais de venda a consumidor com a falta de diversas notas.

Quanto à infração 02, assevera que em virtude da apresentação, após a lavratura do Auto de Infração, das notas fiscais de compras do exercício de 2002, está anexando outro demonstrativo de débito com as devidas correções.

Afirma ainda que o autuado simplesmente nega a existência de todas as infrações, sem apresentar qualquer prova de sua alegação e a simples negativa do cometimento da infração não desonera o autuado de elidir a presunção de veracidade da autuação.

Finaliza solicitando que o Auto de Infração seja julgado procedente em parte.

O impugnante apresenta declaração à fl. 771, reconhecendo a ocorrência fiscal da infração 04 e efetua o pagamento da multa exigida, conforme DAE anexo à pg. 772.

Em nova manifestação, pgs. 774 a 776, o contribuinte reafirma que não existem elementos probatórios suficientes nos autos que comprovem a receita presumida (infração 02) ou que comprovem a entrada/recebimento de mercadorias (infração 03).

Sobre a infração 01, entende razoável o seu reenquadramento de faixa dentro do regime SIMBAHIA para empresa de pequeno porte e a omissão do livro Caixa (infração 04), até mesmo pelo princípio do custo benefício. Solicita que seja aplicado o benefício de redução de 90% da multa da infração 01, mesmo que a decisão final do Conselho ocorra depois de 31/10/2006. Com isto, desiste do pedido de enquadramento na faixa de micro IV. Reitera os argumentos apresentados em sua peça defensiva, quanto às infrações 02 e 03.

Por fim, destaca que na informação fiscal o pedido do autuado é para que o Auto de Infração seja considerado procedente em parte. Entende que devem ser mantidas as infrações 01 e 04 e julgadas improcedentes as infrações 02 e 03.

## VOTO

Inicialmente, ressalto que o autuado reconheceu as infrações 01 e 04, conforme declaração expressa em sua segunda manifestação, pgs. 774 a 776 dos autos. Portanto, não existe lide em relação às mesmas, razão pela qual devem se mantidas na autuação.

Quanto à preliminar de nulidade argüida pela defesa, constatei que nos lançamentos fiscais estão determinados: o autuado, o montante do débito tributário, a capituloção legal, a natureza da infração apurada e não foram constatados vícios formais ou materiais que comprometam a autuação fiscal. Ademais, ressalto que a contagem física dos estoques é apenas uma das formas de apuração do movimento tributável do estabelecimento, sendo que o ente tributante pode utilizar-se de outros tipos de auditoria para realizar a ação fiscal, a exemplo da auditoria financeira da empresa. Assim, fica rejeitada a preliminar de nulidade apresentada nas razões de defesa.

A infração 02 reclama a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Em razão das irregularidades detectadas, foram utilizados os critérios e alíquotas aplicáveis ao regime normal de apuração do ICMS e concedido o crédito presumido de 8%.

O autuado reconhece o procedimento fiscal, embora entenda que não serve de fundamento para concluir que houve saída de mercadoria sem documento fiscal. Explica que em momento algum o Inspetor Fazendário interveio para o desenquadramento da empresa, sendo assim, não há o que se falar em mudança de regime.

Após analisar os documentos que compõem o presente processo, constatei que o contribuinte, embora sendo obrigado a fazê-lo, de acordo com o art. 408-C do RICMS/BA, não apresentou o livro

Caixa no período autuado, quando regularmente intimado. Em sua defesa, argumenta que não houve intervenção do Inspetor Fazendário para o desenquadramento da empresa, por isso, não devem ser adotados os critérios de fiscalização aplicáveis ao regime normal de apuração.

Entendo que o argumento defensivo não deve ser acolhido, uma vez que além de infringir o disposto no art. 408-L, inciso V que requer a autorização do Inspetor Fazendário para o desenquadramento, violou também os incisos VI e VI do mesmo artigo que permite o desenquadramento de ofício, ao não apresentar ao fisco a escrita contábil quando regularmente intimado (INCISO VI) e ao prestar declarações inexatas nas DMEs dos exercícios fiscalizados (INCISOVII), comprovadas através das DMEs anexas aos autos e as notas fiscais captadas do sistema CFAMT.

Conforme o art. 4º, § 4º, da Lei n.º 7.014/96, “O fato de a escrituração indicar saldo credor de Caixa, suprimentos a Caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Em relação à alegação do defensor de que faltam provas concretas do recebimento das mercadorias, vale ressaltar que as notas fiscais, em questão, foram emitidas por empresas regularmente inscritas tendo como destinatário o sujeito passivo, e por serem contratos de fornecimento de mercadorias, são válidas como prova de circulação das mesmas e do seu respectivo ingresso no estabelecimento destinatário, até que se prove o contrário.

Na informação fiscal, o autuante acata as notas fiscais de compras do exercício de 2002 apresentadas pelo defensor e refaz seu demonstrativo de débito com as devidas correções, restando uma base de cálculo de R\$ 91.706,09 e um ICMS a recolher no montante de R\$ 8.253,55. Considerando que o contribuinte declarou na DME de 2002 o valor de entradas de R\$ 67.125,13 e foi apurada a quantia de R\$ 149.879,55 de compras no período, concordo com a retificação parcial da infração.

Quanto à infração 03, saliento que o imposto ora exigido, a título de antecipação parcial do ICMS, foi instituído pela Lei nº 8.967/2003, que processou modificação na legislação tributária estadual, portanto, é legal a exigência do ICMS antecipação parcial de mercadorias adquiridas em outros Estados e destinadas à comercialização. A antecipação tributária parcial é um instrumento utilizado por todos os estados da Federação no combate a sonegação tributária existente no comércio varejista e em relação à alegação pertinente à inconstitucionalidade da legislação tributária estadual, informo que tal matéria, de acordo com o artigo 167, I, do RPAF/99, não se inclui na competência deste órgão julgador. Assim, concluo que a infração deve ser mantida.

Quanto a solicitação de aplicação do benefício de redução de 90% da multa da infração 01, mesmo após a decisão final do Conselho, ressalto que não há fundamentação legal, pois, de acordo com Lei nº 10.328/06 de 06/09/06, a dispensa do pagamento de 90% de multas e acréscimos moratórios só é permitida até 31/10/2006.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, no valor de R\$ 116.079,61, devendo ser homologado os valores já efetivamente pagos.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 087078.0006/06-4, lavrado contra **LOJAS LEMOS COMÉRCIO DE MÓVEIS E TECIDOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$115.619,61**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 31.370,95 e de 70% sobre R\$84.248,66, previstas no artigo 42, incisos I, “b”, item 1, 3, e III, respectivamente, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$460,00**,

prevista no inciso XV, “d”, do artigo e lei citados, e dos acréscimos moratórios, conforme estabelecido pela Lei 9.837/05, devendo ser homologado os valores já efetivamente pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 09 de novembro de 2006.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE

MARCO AURÉLIO ANDRADE SOUZA – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA