

PROCESSO - A. I. Nº 206954.0011/06-0
RECORRENTE - EURA MARTA LOPES FRANCA (SALSICHARIA NORTE SUL)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 3ª JJF nº 0058-03/07
ORIGEM - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09/11/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0380-11/07

EMENTA: ICMS: 1. ENTRADAS 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. Infração subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Infração caracterizada. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração subsistente. 4. SIMBAHIA. **a)** MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração subsistente. **b)** EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. 5. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração comprovada. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recurso Voluntário à Decisão de 1º grau, relativa ao Auto de Infração em tela, lavrado em 19/06/2006, exigindo ICMS no valor total de R\$110.533,00 com aplicação das multas de 50% e 70%, e penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, pelas irregularidades abaixo descritas:

INFRAÇÃO 1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta na descrição dos fatos que: *“Presumindo-se a omissão de receitas, derivadas anteriormente de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do respectivo imposto. Em razão das irregularidades detectadas o imposto devido foi exigido*

sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS- SimBahia. Foram utilizados os critérios e alíquota aplicável ao regime normal de apuração, conforme estabelece o RICMS/97. Do valor do imposto apurado, foi deduzido a título de crédito presumido o correspondente a 8% do valor das entradas computadas na apuração do débito em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, de acordo com as determinações do inciso XV do artigo 2º do Decreto nº 8.413 de 30/12/2002. Conforme Demonstrativo do cálculo da omissão da receita (fls. 17/43 do PAF), e notas fiscais capturadas através do relatório CFAMT apenas ao PAF, não encontradas no Arquivo da Empresa e não declaradas nas DMEs”. Valor do débito: R\$92.744,15, com aplicação da multa de 50%.

INFRAÇÃO 2- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (antecipação parcial). Consta na descrição dos fatos, que o cálculo do tributo devido encontra-se demonstrado no papel de trabalho Demonstrativo da Antecipação Parcial (fls. 29/43 do PAF), onde se discriminam todas as notas fiscais que deram origem ao débito fiscal, as quais foram obtidas através do relatório CFAMT, e encontram-se apenas ao PAF. Valor do débito: R\$1.988,28, com aplicação da multa de 50%.

INFRAÇÃO 3- Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado (antecipação de produtos submetidos ao regime de substituição tributária). Consta na descrição dos fatos, que o cálculo do tributo devido encontra-se demonstrado no papel de trabalho Levantamento Fiscal da Antecipação e/ou Substituição Tributária nas Entradas (fls. 748/755 do PAF), onde se discriminam todas as notas fiscais que deram origem ao débito fiscal, as quais foram obtidas através do relatório CFAMT, e encontram-se apenas ao PAF. Valor do débito: R\$11.845,57, com aplicação da multa de 50%.

INFRAÇÃO 4- Recolheu a menor o ICMS, na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), conforme Planilha de Gerenciamento Fiscal Simbahia-Microemepresa (fls. 881/885 do PAF). Valor do débito: R\$2.285,00, com aplicação da multa de 50%.

INFRAÇÃO 5- Recolheu a menor o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte, enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), conforme demonstrativo do débito da empresa de pequeno porte (fls. 885/886 do PAF). Valor do débito: R\$1.670,00, com aplicação da multa de 50%.

INFRAÇÃO 6- Deixou de escriturar o livro Caixa a que está obrigado por estar enquadrado como Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, sendo aplicada a multa de R\$460,00.

A ilustre 3ª JJF julga Procedente o Auto de Infração em comento, à vista das seguintes considerações:

A infração 1 acusa da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, presunção legal por diversas notas fiscais de entradas não registradas, cujas cópias foram coletadas nos Postos Fiscais da SEFAZ, através do projeto CFAMT. As alegações da utilização do arbitramento são afastadas pela ilustre JJF, dado que a exigência de ICMS, é por presunção legal, amparada em diplomas legais vigentes que autorizam a cobrança do tributo estadual. Recusam igualmente, as alegações de que o ônus da prova cabe exclusivamente à SEFAZ, aduzindo que a presunção legal exigida no Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário, e que a simples negativa da não aquisição das mercadorias, não tem o condão de descaracterizar a ocorrência de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas. Aduzem mais, as cópias das notas fiscais anexadas aos autos são provas da aquisição das mercadorias nelas constantes, descabendo a simples negativa do autuado. Os remetentes são fornecedores habituais do autuado, as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol dos produtos com os quais comercializa, as notas fiscais indicam dados do autuado, na condição de adquirente, (endereço e sua inscrição estadual), também indicados a razão social do transportador e carimbos

de Postos Fiscais, provando a circulação física das mercadorias, fato não contestado nas suas alegações defensivas. Concedido o crédito fiscal de 8%, a que fazem jus as empresas inscritas no regime tributário do SimBahia.

A alegação da existência de bi-tributação, no referente às infrações 2 e 3, por terem sido utilizadas como matéria-prima na industrialização da lingüiça de frango as mercadorias constantes das notas fiscais, não é acolhida pela ilustre JJF em razão de julgarem tratar-se de ilícitos tributários distintos, diferentes da infração 1 que exige imposto por presunção legal, estas infrações 2 e 3 reportam-se à falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial e antecipação tributária de produtos submetidos ao regime de substituição tributária. Realçam que o autuado não prova o alegado de que as mercadorias foram utilizadas para fabricação de lingüiça de frango, ao contrário, a acusação apensou ao processo cópia da Nota Fiscal de Saída de nº 000937, datada de 18/02/2003, além de demonstrativo elencando operações de saídas de mercadorias (fls. 913/917), das quais o autuado tomou ciência, conforme folha 918 do PAF. Aduz restar comprovado pelas cópias das notas fiscais às folhas 395 e 434, que houve aquisição de lingüiça pronta, caracterizando tratar-se de produtos acabados.

Nas infrações 4 e 5, julgam correto o procedimento fiscal ao incluir no faturamento mensal do autuado as notas fiscais capturadas no sistema CFAMT, não constantes da DME, resultando em novo enquadramento do sujeito passivo (fls. 881/886); portanto não houve arbitramento da base de cálculo, pois a autoridade fiscal obedeceu aos dispositivos regulamentares previstos no RICMS-BA, especificamente nos seus artigos 405-A, II, “b” e 406-A.

Ao final quanto à infração 06, são de Parecer quanto à obrigatoriedade da escrituração do livro Caixa, decorrente a Receita Bruta, após a inclusão das notas fiscais capturadas no sistema CFAMT, ter ultrapassado o limite mínimo de faturamento estabelecido no artigo 408-C, VI, “a” do RICMS-BA (R\$30.000,00), fato conhecido e não contestado pelo autuado.

Recurso Voluntário apresentado através procurador consubstancia sua defesa nas alegações vindas anteriormente quando da inicial.

Manifesta sua discordância com o lançamento levado a efeito, porquanto entende que não restou a mínima prova de que as mercadorias objetos da acusação circularam por seu estabelecimento. Realça em sua defesa, que nos autos não se apresentam provas que deixassem claro não dispor o recorrente de condições financeiras para realizar as compras constantes do PAF, relativas às notas fiscais apensadas.

Em relação à falta de registro das notas fiscais de entradas, justifica-se dizendo estar dispensada por Lei dessa obrigatoriedade. Cita a importância extrema da realização de diligência com o fito de confirmar ou averiguar os efetivos adquirentes das mercadorias em questão.

Aduz que a autuação levada a termo, mediante arbitramento da base de cálculo, não tem outra intenção senão a de cobrar imposto. E segue fazendo outras considerações acerca do arbitramento, o qual afirma ter sido aplicado na infração em comento.

Manifesta seu entendimento acerca de ter havido bi-tributação, dado que o ICMS lançado na infração 1, também o foi, novamente, nas mesmas mercadorias, desta vez por serem vindas de outros Estados da federação. Cita e transcreve os arts. 114 e 356 do RICMS/BA.

Na infração 4, se queixa por ter a autuação considerado as notas fiscais apensas aos autos, optando pelo arbitramento da base de cálculo, substituindo a opção dada ao contribuinte de ser cobrado pelo regime simplificado, e efetuando novamente cumulatividade e a bitributação.

Quanto à infração 5, redige irresignação semelhante à descrita no parágrafo anterior.

E com relação à infração 6 entende estar dispensada do registro do livro Caixa, pois é notório nas próprias planilhas compostas pela autuação, que o seu movimento não supera a R\$30.000,00 de receita bruta ajustada. E que a transposição desse valor só ocorreu quando incluídas as supostas aquisições acusadas no PAF em análise.

Em seu pleito requer diligência, e considera o Auto de Infração totalmente improcedente, e se assim não for do entendimento do julgamento em Segunda Instância, sejam considerados apenas os valores relativos às infrações 4 e 5, mais benéficos nesta lide.

O opinativo da PGE/PROFIS, elaborado pelo ilustre procurador Dr. João Sampaio Rego Neto, é pela manutenção integral da Decisão proferida, e pelo Não Provimento do Recurso Voluntário apresentado.

Destaca o ilustre procurador que as infrações de maior relevância, as de números 1, 2 e 3, referem-se a lançamentos que tiveram por base informações do CFAMT, operações realizadas nos anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005, situação na qual a contra-prova para elisão da acusação se fazia necessária e não foi apresentada. Tratava-se de fornecedores habituais do autuado, reforçando a presunção das omissões de saídas anteriores e também não registradas.

Com relação às infrações seguintes, de números 4, 5 e 6 trata-as o ilustre procurador como reflexos das primeiras. Ao se computar essas omissões no movimento do autuado, resulta novo enquadramento que justificou a apuração de recolhimento a menos, inclusive passando à obrigação acessória da escrituração do livro Caixa.

VOTO

Observo persistir na irresignação trazida pelo recorrente aos autos, declaração no sentido de que o lançamento de ofício tipificou 05 situações de cometimento de infrações, todas originárias de um só acontecimento, o que levaria em decorrência, julgar inócua a constituição do crédito tributário respectivo.

Aduz para esta infração 1, ter o agente fiscal partido de suposições de compras não registradas pelo recorrente, sem, entretanto, provar na acusação, que referidas mercadorias tinham efetivamente ingressado no estabelecimento do autuado. Entende competir à SEFAZ o ônus da prova, pelo que esta responsabilidade deveria ser excluída do autuado.

Comenta com relação à infração 2, estar esta exigência fiscal contida na infração 01, caracterizando a bitributação. Alega ainda que o arbitramento da infração 01, sobre notas fiscais com imposto cobrado por antecipação ou substituição tributária, além de infringir o artigo 356 do RICMS/BA, agride o princípio da não-cumulatividade do ICMS, insculpido no artigo 114 do RICMS-BA, pelo que requer a improcedência deste item da autuação.

Da mesma forma anterior, para a infração 03 traz idêntica alegação de estar a mesma também incluída na infração 1. Declara que os produtos das notas fiscais que serviram de base para a exigência relativa a este item, são empregados em processo de industrialização da "lingüiça de frango", não destinados à revenda e dispensados da substituição tributária por força do disposto no artigo 352-A, I, do RICMS-BA.

Concordo com a ilustre JJF, ao observar que as infrações 02 e 03 cuidam de ilícitos distintos da infração 1, pois estas são pela falta de recolhimento do ICMS devido nas antecipações parcial e tributária de produtos enquadrados no regime da substituição tributária. Não há provas que respectivas mercadorias apontadas no Recurso Voluntário foram aplicadas na fabricação de lingüiça de frango, e as cópias das notas fiscais às folhas 395 e 434 demonstram que houve aquisição de lingüiça pronta, caracterizando tratar-se de produtos acabados.

Quanto à infração 4, realça que o agente fiscal adotou arbitramento da base de cálculo, em substituição à cobrança do ICMS pelo regime simplificado-SimBahia, o que em decorrência o impediu de recompor os valores do ICMS mensal. Aduz que a tributação foi exigida pela terceira vez.

Na apreciação da infração 5, reproduziu integralmente os comentários vistos na infração 04, sem novos argumentos.

E na infração 6, justifica que o seu movimento econômico anual não supera a R\$30.000,00, e que a ultrapassagem desse valor ocorreu por e após a inclusão dos valores de supostas aquisições, objeto das notas fiscais juntadas.

Da análise dos autos, depreende-se que a acusação elaborou o lançamento de ofício de conformidade ao roteiro de fiscalização apropriado, não sendo observado, contrariamente às razões do Recurso Voluntário, o apregoado arbitramento da base de cálculo.

O instrumento legal da presunção aplicada no Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário; negar simplesmente a não aquisição das mercadorias, não descaracteriza a presumível ocorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas através de entradas não registradas. E fazem prova do ilícito acusado as cópias das notas fiscais anexadas aos autos, descabendo a simples negativa do autuado. São habituais os fornecedores, as mercadorias correspondentes enquadram-se na sua linha de comercialização, essas notas fiscais portam dados do autuado na condição de adquirente (endereço e sua inscrição estadual), além de indicada a razão social do transportador, carimbos de Postos Fiscais, enfim provas robustas quanto à circulação física das mercadorias, circunstâncias estas não contestadas pela defesa.

As acusações de cometimentos de infrações pelo sujeito passivo foram adequadas, à luz do quanto preceitua o RICMS/BA, e as alegações do recorrente presentes nos autos, não contêm capacidade a elidi-las.

A infração de número 1 correspondeu a operações durante os anos de 2001, 2002, 2003, 2004 e 2005 todas oriundas do lançamento de ofício, tendo por base efetivas omissões de entradas, a partir do confronto do DME com o CFAMT, de mercadorias de fornecedores habituais do recorrente, o que remete, inconteste, à presunção legal de omissões de saídas anteriores também não registradas.

As infrações 2 e 3, referiram-se a acusações pelo não recolhimento do ICMS na antecipação parcial e na substituição tributária, regime ao qual são subordinadas as mercadorias com as quais opera. A alegação de referirem-se citadas mercadorias ao fabrico de outros produtos (lingüiça de franco), não ficou provada, ao contrário, as notas fiscais apenas aos autos revelaram aquisição do produto pronto para comercialização.

As infrações números 4 e 5 relacionam-se aos recolhimentos do ICMS, constatados e efetuados a menor, na condição de Microempresa, (4) e na de Empresa de Pequeno Porte (5), consoante enquadramento no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), e Planilha de Gerenciamento Fiscal Simbahia- às fls. 881/885/886 do PAF.

Afinal a infração número 6, está vinculada quanto à origem, às infrações anteriores que tiveram como gerador as omissões de registros de entradas. Considerando essa movimentação de mercadorias ingressadas sem registro por parte do recorrente, resultou novo enquadramento dentro do regime simplificado, inclusive modificando e passando à obrigação acessória da escrituração do livro Caixa, o que não foi atendido.

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

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 **206954.0011/06-0**, lavrado contra **EURA MARTA LOPES FRANCA (SALSICHARIA NORTE SUL)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$110.533,00**, acrescido das multas de 50% sobre R\$17.788,85 e 70% sobre R\$92.744,15 previstas nos art.. 42, I, “b”, item 1, 3, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no art. 42, XV, “i”, da mencionada lei, e dos acréscimos moratórios de acordo com o estabelecido pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 23 de outubro de 2007.

DENISE MARA ANRADE BARBOSA - PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR- RELATOR

ÂNGELI MARIA GUIMARAES FEITOSA - REPR. DA PGE/PROFIS