

A. I. N.º - 206954.0011/06-0
AUTUADO - EURA MARTA LOPES FRANCA
AUTUANTE - IONE ALVES MOITINHO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 13/03/07

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N.º 0058-03/07

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. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, foi lavrado em 19/06/2006, para exigir 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 01- 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 02- 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 03- 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 04- 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 05- 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 06- 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.

O autuado, inconformado, apresenta impugnação, através de advogado legalmente constituído (fls. 891/899), discorrendo inicialmente sobre as infrações imputadas. Com relação à infração 01, diz que se denota claramente que a mesma utilizou a figura insólita do arbitramento para deixar fluir pelo organismo empresarial do autuado, pois, se trata de microempresa industrial que vinha sobrevivendo às duras penas, em razão da sua precária situação financeira. Declara que o Auto de Infração é totalmente inócuo, pois ele encontra milagrosamente bases de cálculo múltiplas para cobrar imposto em 05 (cinco) situações distintas, originárias todas elas de uma só, assim mesmo inexistentes, por absoluta falta de provas, ou seja, suposição de compras realizadas e não registradas, deixando, entretanto, de fazer provas a autuante de que as mercadorias constantes das

notas fiscais que serviram de lastro à lavratura do Auto de Infração em discussão, tenham realmente entrado no estabelecimento do autuado. Declara que o defendente não tinha condições de adquirir mercadorias no montante volumoso, quanto o exigido na autuação, e que foram adquiridas por pessoas inescrupulosas que se utilizaram indevidamente dos dados e inscrições do impugnante. Entende que o ônus da prova cabe exclusivamente à SEFAZ, e que deve ser excluída a responsabilidade do autuado. Quanto à infração 02, diz que a exigência fiscal está contida na infração 01, sendo caracterizada uma bi-tributação para o mesmo fato gerador. Cita o artigo 356 do RICMS-BA, para robustecer suas alegações, e acrescenta que a cobrança por arbitramento da infração 01, de notas fiscais com imposto cobrado por antecipação ou substituição tributária, além de estar infringindo o citado artigo, fere o princípio da não cumulatividade do ICMS insculpido no artigo 114 do RICMS-BA. Requer a improcedência deste item da autuação. No que tange à infração 03, alega igualmente que está incluída na infração 01. Reproduz *ipsis literis* o arrazoado correspondente à infração 02, sem acrescentar questões de fato e de direito supervenientes. Apenas declara que os produtos constantes das notas fiscais que serviram de base para a exigência fiscal relativa a este item são empregados em processo de industrialização de “lingüiça de frango”, não sendo, portanto destinados à revenda e dispensados da substituição tributária por força do disposto no artigo 352-A, I, do RICMS-BA. Requer, também, a improcedência deste item da autuação. Quanto à infração 04, diz que a autuante optou pelo arbitramento da base de cálculo, utilizando a faculdade prevista no RICMS-BA, em substituição à cobrança do ICMS pelo regime simplificado- SIMBAHIA. Acrescenta que em razão deste fato, o autuado ficou impedido de recompor os valores do ICMS mensal e conseqüentemente cobrar os valores acrescentados, como foi feito. Aduz que a tributação está sendo exigida pela terceira vez, sendo absurda a exigência fiscal relativa a este item da autuação. Com relação à infração 05, reproduz integralmente as assertivas da infração 04, sem acrescentar outros argumentos. No que concerne à infração 06, aduz que o valor do movimento do autuado não ultrapassa o valor regulamentar de R\$30.000,00, e que o fato só ocorreu após a inclusão dos valores das supostas aquisições constantes das notas fiscais juntadas. Finaliza, requerendo a improcedência do Auto de Infração, que sejam consideradas apenas as infrações 04 e 05, por serem mais benéficas para o defendente.

A autuante, por sua vez, prestou informação fiscal (fls. 903/904), discorrendo inicialmente sobre as alegações defensivas. Diz que as alegações defensivas são inconsistentes, considerando que as notas fiscais capturadas através do sistema CFAMT, são oriundas de diversos fornecedores e com datas diferentes. Quanto à infração 01, diz que em nenhum momento se reportou nos autos que a empresa deixou de escriturar as notas fiscais de aquisição. Aduz que houve na verdade omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas nas DMEs, e planilhas para cálculo do imposto devido, na condição de microempresa. Conseqüentemente, o autuado deixou de manter em seus arquivos todas as notas fiscais elencadas no demonstrativo elaborado pela autuante. Entende que as referidas notas fiscais não foram registradas na escrita fiscal e contábil da empresa, evidenciando o pagamento dessas aquisições, com recursos provenientes de operações de saída de mercadorias, realizadas anteriormente e não contabilizadas. Ressalta que a partir da alteração nº 20, tal infração passou a ser de natureza grave, perdendo o direito ao tratamento tributário previsto no regime do SIMBAHIA, sujeitando-se o autuado à exigência do imposto com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, concedendo-se o crédito presumido de 8%, sobre o valor das saídas omitidas, nos termos do artigo 408-L, V, 408-S, §1º do RICMS-BA. Com relação à infração 02, argüi que o defendente deixou de fazer a antecipação parcial, quando da entrada das mercadorias no território baiano, ilícito tributário previsto nos diplomas legais vigentes. No que tange à infração 03, sustenta que o impugnante, na qualidade de sujeito passivo por substituição não efetuou o recolhimento do ICMS antecipado, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88. Discorda do argumento do autuado,

quanto à utilização das mercadorias relacionadas no demonstrativo elaborado para o fabrico de lingüiça de frango, uma vez que, constatou a comercialização de frango, conforme cópia da nota fiscal de nº 937 de 18/02/2003 (fl. 905). Com relação às infrações 04 e 05, diz que não houve arbitramento da base de cálculo, e que as planilhas foram elaboradas exatamente para se determinar as faixas de situação do defendente, ao inserir notas fiscais capturadas através do sistema CFAMT, não declaradas nas DME's. No que tange à infração 06, entende que o ilícito tributário está caracterizado no artigo 408-C, VI, "a", do RICMS-BA, e que o sujeito passivo está obrigado a escriturar o livro Caixa. Salienta que as alegações defensivas de que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais objeto da ação fiscal, não constituem provas para elidir a acusação fiscal. Ressalta que o próprio sujeito passivo confessa claramente que adquiriu as mercadorias objeto do lançamento, quando contesta a infração 03, dizendo que os produtos constantes das notas fiscais em discussão, quando adquiridas pelo autuado são empregados no processo de industrialização. Finaliza, mantendo integralmente a ação fiscal.

O autuado apresenta manifestação (fls. 908/910), contestando a informação fiscal da autuante, dizendo que, não traz qualquer argumento capaz de manter a autuação. Entende que a fiscalização foi equivocada, sendo constatada a ocorrência de bi tributação. Salienta que a nota fiscal de nº 0937, é insuficiente para descaracterizar a sua atividade de fabricante, pois se trata operação isolada. Reitera o pedido de improcedência da autuação.

A autuante manifesta-se novamente (fl. 912), dizendo que não procede a assertiva da empresa, tendo em vista que constatou através do levantamento fechado de estoque a comercialização de produtos utilizados no fabrico de lingüiça de frango nos exercícios de 2001 a 2005. Aduz que acostou ao PAF (fls. 913/917), demonstrativos de saída de mercadorias onde se encontram relacionadas todas as notas fiscais cujos produtos foram comercializados principalmente às Prefeituras Municipais, e que a cobrança da antecipação tributária total e parcial pautou-se unicamente das notas fiscais capturadas no sistema CFAMT. Reitera a manutenção na íntegra da autuação.

O autuado pronuncia-se mais uma vez (fls. 920/921), dizendo que os documentos acostados aos autos (saídas de mercadorias), não foram objeto do processo administrativo fiscal, e não se vislumbra a ciência do autuado, caracterizando-se como documentos estranhos ao feito, devendo ser desentranhados dos autos. Aduz que as operações citadas pela autuante carecem de capacidade de exigir tributo, pois restou equivocada a fiscalização. Ratifica o posicionamento anterior e pede a improcedência da autuação.

VOTO

O Auto de Infração, em lide, exige ICMS pelo descumprimento de obrigações tributária principal e acessória, relativamente a seis infrações, todas impugnadas pelo sujeito passivo.

Quanto à infração 01 do Auto de Infração ora guerreado, constato que se refere à omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, de diversas notas fiscais de entradas, presunção legal de que foram adquiridas com receitas omitidas, cujos documentos fiscais foram coletados nos Postos Fiscais da SEFAZ, através do projeto CFAMT. A autuante acostou ao processo as cópias dos referidos documentos fiscais que ampararam a presunção legal prevista no artigo 4º, § 4º da Lei 7.104/96, reproduzido no artigo 2º, § 3º, IV do RICMS-BA. Não acato as alegações defensivas de que a autuante utilizou o instituto do arbitramento para exigir o imposto apurado neste item do Auto de Infração. Trata-se de exigência de ICMS, por presunção legal amparada em diplomas legais vigentes que autorizam a cobrança do tributo estadual, nesta modalidade.

Não acolho, igualmente, as alegações defensivas de que o ônus da prova cabe exclusivamente à SEFAZ, e que deve ser excluída a responsabilidade do autuado. A presunção legal exigida no Auto de Infração, é *juris tantum*, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício, pois, havendo presunção legal, inverte-se o ônus da prova. A simples negativa da não aquisição das mercadorias, não macula a exigência fiscal em comento, outrossim, não tem o condão de descaracterizar a ocorrência de presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas não registradas. Ademais, as notas fiscais anexadas aos autos servem de prova material da aquisição das mercadorias nelas constantes, não cabendo simplesmente a alegação do autuado de que não as adquiriu.

Da análise das peças processuais, constato que, segundo a autuante, os remetentes são fornecedores habituais do autuado e as mercadorias adquiridas estão inseridas no rol de produtos comercializados pelo defendente, fato não contestado nas suas alegações defensivas. Nas notas fiscais estão indicados os dados do autuado, na condição de adquirente, como: seu endereço e sua inscrição estadual. Verifico que nos documentos fiscais também estão indicados a razão social do transportador e carimbos de Postos Fiscais, provando a circulação física das mercadorias. Nos demonstrativos elaborados pela autuante (fls. 17/35) foi concedido o crédito fiscal de 8%, a que faz jus as empresas inscritas no regime tributário do SIMBAHIA.. Mantida a exigência fiscal relativa a este item.

No que concerne às infrações 02 e 03, o autuado alega a existência de bi-tributação e que as mercadorias constantes das notas fiscais foram utilizadas como matéria prima para a industrialização de lingüiça de frango. Não acolho as argumentações do defendente, primeiro em razão de não haver bis-in-idem na exigência do imposto objeto da autuação. Tratam-se de ilícitos tributários distintos, a infração 01 exige ICMS por presunção legal por falta de registro de notas fiscais de aquisição pelo autuado, capturadas no sistema CFAMT, e as infrações 02 e 03 são relativas à falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial e antecipação tributária de produtos submetidos ao regime de substituição tributária das referidas notas fiscais. Segundo, é que o autuado não trouxe provas da sua alegação de que as mercadorias foram utilizadas para fabricação de lingüiça de frango, pelo contrário, a autuante carreteou ao processo cópia de nota fiscal de saída de n.º 000937, datada de 18/02/2003, além de demonstrativo elencando operações de saídas de mercadorias (fls. 913/917), tendo o autuado tomado ciência dos referidos documentos, conforme folha 918 do PAF. Portanto, julgo procedentes as infrações relativas aos itens 02 e 03. Ademais, a título de exemplo, está comprovado pelas cópias das notas fiscais às folhas 395 e 434, que houve aquisição pelo autuado de lingüiça, caracterizando compras de produtos acabados.

Com relação às infrações 04 e 05, verifico que a autuante procedeu corretamente ao incluir no faturamento mensal do autuado as notas fiscais capturadas no sistema CFAMT cujos valores, segundo a autuante, não foram indicados na DME, para objetivar o novo enquadramento do sujeito passivo (fls. 881/886). Não acolho as alegações defensivas de que houve arbitramento da base de cálculo, tendo em vista que a autoridade fiscal obedeceu aos dispositivos regulamentares previstos no RICMS-BA, especificamente nos seus artigos 405-A, II, “b” e 406-A.

No que concerne à infração 06, entendo que o autuado está obrigado à escrituração do livro Caixa em razão da sua 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 este, de conhecimento do autuado. Por conseguinte mantenho a exigência da penalidade imputada no valor de R\$460,00.

Ante o exposto, julgo pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.
RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206954.0011/06-0**, lavrado contra **EURA MARTA LOPES FRANCA**, devendo ser intimado o autuado 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 artigos. 42, I, “b”, item 1, 3, III, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de penalidade por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$460,00**, prevista no artigo 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, 05 de março de 2007.

ARIVALDO SOUSA PEREIRA-PRESIDENTE

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA – RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - JULGADOR