

A. I. N° - 206880.0306/06-6
AUTUADO - ZENIVALDO PEREIRA DE SOUZA
AUTUANTE - EDIMAR NOVAES BORGES
ORIGEM - INFAZ/BOM JESUS DA LAPA
INTERNET - 19.06.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0169-02/07

EMENTA: ICMS. 1. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O contribuinte não comprovou a origem dos recursos. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO. EXIGÊNCIA 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, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior. Refeitos os cálculos. Infração parcialmente subsistente. **3.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RESTAURANTE. CONTRIBUINTE DESCREDENCIADO. É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2006, para constituir o crédito tributário no valor histórico de R\$29.292,76, em decorrência de:

1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada por meio de saldo credor na Conta Caixa, com ICMS devido no valor de R\$19.916,29, conforme Demonstração de Origens e Aplicações de Recursos com suas partes e peças em anexo.

2- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$5.050,59, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no anexo 88, conforme Auditoria da Antecipação Tributária - Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS por antecipação.

3- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$4.325,88, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação, conforme Auditoria da Antecipação Tributária - Demonstrativo da falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial.

O autuado apresentou defesa às fls. 417 a 424 impugnando o lançamento tributário, inicialmente, informando que no período autuado se encontrava sob o regime do SimBahia, tendo procedido os recolhimentos devidos. Somente a partir do exercício de 2006 passou a operar sob o regime normal de apuração do ICMS. Assim, na autuação este fato não podia ser desconsiderado.

No tocante a infração 1, requer a nulidade da autuação por entender que o demonstrativo de débito efetuado pelo autuante está eivado de flagrante nulidade, pois não considerou o fato incontestável de que opera em sua quase totalidade em regime de antecipação tributária.

Assevera que o autuante utilizou de metodologia equivocada, pois afirma que identificou notas fiscais de entradas sem registro, porém imputou ao autuado omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante saldo credor de caixa, generalizando a base de cálculo, não distinguindo as operações tributáveis das não tributáveis, pois mais de 70% dos produtos comercializados encontram-se no regime de antecipação tributária. Afirma que, neste contexto, não há como se identificar a correspondência do que o autuante afirma ser suprimento de caixa não comprovado e operações tributadas em regime normal.

Diz que o autuante considerou que todas as operações foram pagas à vista, não considerando que algumas foram pagas à prazo.

Em relação a infração 2, apresentou os seguintes questionamentos: Onde estão indicadas ou apresentadas as notas fiscais de entradas de mercadorias enquadradas na substituição tributária? Quais são os produtos, os valores, os créditos, os débitos da apuração sumária, característico da apuração da substituição tributária? Concluiu que é totalmente desprovido de fundamento legal, sendo improcedente por falta de identificação das operações que originaram tal autuação. Entende, também, que é improcedente a infração pois não operava no regime normal de tributação, uma vez que estava enquadrada no SimBahia.

Relativamente a infração 3, aduz que também não procede, reiterando seu argumento de que não operava no regime normal de apuração do ICMS, pois estava enquadrada no SimBahia, na época dos fatos geradores.

Requer a realização de diligência.

Ao final, requer a nulidade do Auto de Infração e se ultrapassada a preliminar, que no mérito seja julgado improcedente.

Na informação fiscal às folhas 500 a 502, o autuante ressaltou que todo o procedimento de levantamento fiscal se deu observando as normas tributáveis vigente, principalmente em relação ao SimBahia, conforme se pode observar nos autos do PAF e na informação fiscal.

Em relação a infração 1, salienta que a defesa se equivocou quando questiona a metodologia aplicada, dizendo que foi imputada a falta de registro de notas fiscais, uma vez que a imputação fiscal originou-se da presunção legal de saída de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na conta caixa, presunção esta, com fundamento no artigo 2º, § 3º, inciso I e artigo 60, inciso I, do RICMS/97.

Assevera que não procede a alegação defensiva de que a base de cálculo foi generalizada, pois a presunção legal, quando apurado o saldo credor de caixa, é que o contribuinte omitiu anteriormente saídas tributadas.

Argumenta que considerou todas as compra com sendo à vista ante a recusa do autuado em apresentar os comprovantes de pagamentos.

Relativamente a infração 2, salienta que, se a defesa tivesse aprofundado no exame do que consta no PAF, verificaria que todas as informações objeto do questionamento defensivo foram atendidas, seja através dos “Demonstrativos da falta de recolhimento do ICMS devido na condição de contribuinte por antecipação nas aquisições de mercadorias de outra unidade da federação”, seja através das notas fiscais anexadas ao PAF, e devidamente recepcionados pelos autuado, quando da ciência da imputação fiscal.

Diz que não procede o argumento defensivo de que estando enquadrado no SimBahia não seria devido o pagamento do ICMS por antecipação, uma vez que operações sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação pelos contribuintes optantes pelo SimBahia rege-se de acordo com as regras estabelecidas para o regime normal de apuração (art. 399-A, inciso I, alínea “b”, do RICMS/97).

Salienta que, embora não fazendo qualquer referencia em sua peça defensiva, a defesa apresentou planilha denominada “Demonstrativo de antecipações Efetuadas” comprovando que efetuou parte do recolhimento. Assim, deverão ser excluídas da imputação fiscal os valores referentes às Notas Fiscais nºs 391706, 499359, 136092, 514959, 544689, 718095, 801893 e 6011. Informa que apresentou novo demonstrativo, com as exclusões, devendo ser entregue uma cópia ao autuado.

No tocante a infração 3, destaca que o artigo 352-A do RICMS/97, determina que nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a antecipação parcial deve ser efetuada pelo próprio contribuinte adquirente, independentemente do regime de apuração adotado. Assim sendo, é devido à apuração e recolhimento do ICMS por antecipação tributária parcial.

Ao final, opina pela manutenção parcial do Auto de Infração.

Considerando que o autuado, em sua peça defensiva argumentou que o autuante considerou todas as vendas como se fossem à vista, quando em diversas notas fiscais acostadas aos autos constam que várias aquisições foram à prazo;

que o autuado requereu diligência por fiscal estranho ao feito;

e que o autuante reconhece que não considerou os vencimentos constantes das notas fiscais, a 4ª Junta de Julgamento Fiscal, deliberou pela conversão do PAF em diligência a ASTEC, para ser realizada revisão por estranho ao feito, no sentido de:

1. Revisar os levantamentos considerando as datas de vencimentos constantes nas notas fiscais constantes às folhas 45 a 407;
2. Elaborar novo demonstrativo de débito.

Entretanto, à ASTEC/CONSEF se declarou incompetente para realizar a diligência solicitada.

Submetida a nova pauta suplementar, deliberou à 4ª JF pela conversão do PAF em diligência à INFAZ/B. J. DA LAPA, para que fosse atendo o solicitado acima.

Cumprida a diligência, o auditor fiscal designado, através do PARECER às fls. 520 e 521 dos autos, informa que intimou o autuado para apresentar as duplicatas ou outras formas de “quitação” dos títulos, porém, como nada foi apresentado, diz que foram executados os procedimentos de revisão, considerando as datas de vencimentos constante nas notas fiscais apensadas ao processo,

tendo excluído as poucas notas fiscais que não constavam acostadas aos autos, tendo elaborado novos levantamento, folhas 522, 524, 528 e 532, devendo ser entregue uma cópia ao autuado pela INFAZ.

O autuado recebeu cópia da diligência e dos demonstrativos, sendo informado do prazo legal para se manifestar, porém, silenciou.

VOTO

O presente lançamento exige ICMS decorrente de 03 infrações, as quais passo a analisar.

Na infração 01, é imputado ao autuado a omissões de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas por meio de saldos credores na conta “Caixa”.

Em sua peça defensiva o autuado requer a nulidade da infração por entender que o demonstrativo de débito efetuado pelo autuante está eivado de flagrante nulidade, pois não considerou o fato de que opera com mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária.

Afasto a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo, tendo em vista que a autuação foi embasada na regra disposta no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, a qual estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa, entre outras ocorrências, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto. Também não se observa qualquer erro ou vício especificado no art. 18, do RPAF/99, que possibilite decretação de nulidade da autuação.

No mérito, após analisar os demonstrativos anexados aos autos, constato que o autuante, com base na escrita fiscal e documentos apresentados pelo contribuinte, efetuou um levantamento do fluxo financeiro do autuado e detectou a ocorrência de saldos credores na conta “Caixa”, nos exercícios 2001, 2003 e 2004.

O argumento defensivo de que o autuante utilizou de metodologia equivocada, pois afirma que identificou notas fiscais de entradas sem registro, porém imputou ao autuado omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada mediante saldo credor de caixa, generalizando a base de cálculo, não corresponde com a verdade espelhada nos autos do PAF em lide, uma vez que a imputação consignada na infração 1 é bastante clara: “Omissões de saídas de mercadorias tributadas, apuradas através de saldos credores na conta caixa”. Não constando, em nenhum documento a acusação alegado pela defesa.

Entretanto, foi acolhido o argumento defensivo que houve erro do autuante em considerar que todas as operações foram pagas à vista, não considerando que algumas foram pagas à prazo, sendo o PAF convertido em diligência e os novos demonstrativos foram entregues ao contribuinte, o qual foi informado do prazo legal para se manifestar, porém, silenciou. Interpreto este silêncio como reconhecimento tácito do autuado em relação aos novos valores apresentados pela diligência.

Logo, entendo que foi constatada a ocorrência de saldo credor na conta caixa, significando dizer que os recursos aplicados nos pagamentos, por não terem respaldo, tiveram a sua origem desconhecida. Neste sentido, a regra disposta no § 4º, do art. 4º, da Lei nº 7.014/96, estabelece que o fato da escrituração indicar saldo credor de caixa ou suprimentos a caixa não comprovados autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Trata-se de uma presunção “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, portanto, caberia ao contribuinte comprovar a improcedência da presunção, fato que ocorreu somente em relação ao exercício de 2001, conforme revisão realizada pela diligência. Quantos os exercícios de 2003 e 2004, apesar da diligência ter encontrado valores superiores aos autuados, somente podemos

considerar com débito o valor até o limite da autuação, devendo a diferença ser exigida em nova ação fiscal.

Assim, entendo que a infração em tela restou parcialmente caracterizada no valor abaixo discriminado:

DATA OCORR	ICMS DEVIDO
31/12/2001	0,00
31/12/2003	172,87
31/12/2004	19.483,18
TOTAL	19.656,05

Na Infração 02 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da federação e relacionadas no Anexo 88 ao RICMS/BA.

Em sua peça defensiva o autuado apresentou os seguintes questionamentos: Onde estão indicadas ou apresentadas as notas fiscais de entradas de mercadorias de mercadorias enquadradas na substituição tributária? Quais são os produtos, os valores, os créditos, os débitos da apuração sumária, característico da apuração da substituição tributária?

Como bem ressaltou o autuante quando da informação fiscal, todas as informações objeto do questionamento defensivo foram atendidas, seja através dos “Demonstrativos da falta de recolhimento do ICMS devido na condição de contribuinte por antecipação nas aquisições de mercadorias de outra unidade da federação”, seja através das notas fiscais anexada ao PAF, e devidamente recepcionados pelos autuado, quando da ciência da imputação fiscal.

De igual modo, não pode ser acolhido o argumento do autuado de que não é devido o pagamento da antecipação tributária pelo fato de ser O contribuinte enquadrado no SimBahia, na época dos fatos geradores, uma vez que o RICMS/97, na alínea “b” do inciso I do Artigo 399-A, estabelece que:

“Art. 399-A. A adoção do regime de apuração do SimBahia será feita com as seguintes restrições:

I - não se aplicam os critérios de apuração do ICMS nele estabelecidos para o pagamento do imposto:

a) ...;

b) nas operações e prestações sujeitas a antecipação ou substituição tributária;”

Assim, os contribuintes enquadrados no regime de apuração do SimBahia, são obrigados a realizarem a antecipação tributária, quando adquirem em outros estados mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, o pagamento do tributo deve ser efetuado pelo destinatário, por antecipação, sobre o valor determinado pela legislação, no momento da passagem na primeira repartição fiscal de entrada no Estado, se o autuado não possuir Regime Especial para pagamento em data posterior.

Entretanto, o autuado comprovou que já havia recolhido o imposto sobre às Notas Fiscais nºs. 391706, 499359, 136092, 514959, 544689, 718095, 801893 e 6011, fato acatado pelo autuante quando da informação fiscal, tendo refeito os demonstrativo de débito, com o qual concordo. Ademais, o autuado recebeu cópia do novo demonstrativo e não mais questionou.

Logo, a infração 2 restou parcialmente caracterizada conforme abaixo:

DATA OCORR	ICMS AUTUADO	EXCLUSÕES	ICMS DEVIDO
31/10/2001	77,86		77,86
30/11/2001	455,28	60,6	394,68
31/1/2002	57,46		57,46
28/2/2002	113,80		113,80
31/3/2002	265,07	265,07	0,00
30/4/2002	39,35	39,35	0,00
31/5/2002	61,52	61,52	0,00
30/11/2002	269,56		269,56
31/12/2002	112,89	112,89	0,00
31/1/2003	411,46		411,46
28/2/2003	498,76		498,76
31/3/2003	141,71	141,71	0,00
31/12/2003	19,89		19,89
30/4/2004	622,48		622,48
31/5/2004	40,28		40,28
30/6/2004	137,65		137,65
31/8/2004	333,19		333,19
30/9/2004	1.392,38	165,15	1.227,23
TOTAL	5.050,59	846,29	4.204,30

Na Infração 03 é imputada ao autuado a falta de recolhimento do ICMS, referente a antecipação parcial, na primeira repartição fazendária do percurso, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Na impugnação, o autuado somente reiterou o argumento de que não é devido o imposto, uma vez que estava enquadrado no SimBahia. Tal argumento não é capaz de elidir a autuação, pois é devida a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado.

O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

*“Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, **independentemente do regime de apuração adotado**, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.*

§ 1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

I - isenção;

II - não-incidência;

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento.(grifo nosso) ”

Assim, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Pelo acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, conforme abaixo:

INFRAÇÕES	ICMS DEVIDO	JULGAMENTO
1	19.656,05	PROC. PARTE
2	4.204,30	PROC. PARTE
3	4.325,88	PROCEDENTE
TOTAL	28.186,23	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **nº 206880.0306/06-6**, lavrado contra **ZENIVALDO PEREIRA DE SOUZA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$28.186,23**, acrescido das multas de 70% sobre R\$19.656,05, e 60% R\$8.530,18 previstas no art. 42, III e II, “d” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de junho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR