

**A. I. N°** - 269198.0006/07-7  
**AUTUADO** - A M BARRETO FRAGA  
**AUTUANTE** - FRANCISCO DE ASSIS RIZÉRIO  
**ORIGEM** - INFAZ IRECÊ  
**INTERNET** - 29.05.08

#### 4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

##### ACÓRDÃO JJF N° 0139-04/08

**EMENTA:** ICMS. 1. SIMBAHIA. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Infração comprovada. 2. 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 não elidida. 3. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. VENDAS PARA CONTRIBUINTE NÃO INSCRITOS. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

#### RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/06/2007, exige ICMS, totalizando o valor histórico de R\$ 2.217,25, em razão das seguintes irregularidades:

1. Recolheu a menor o ICMS na condição de Microempresa enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SIMBAHIA). (Valor histórico: R\$ 100,00; percentual da multa aplicada: 50%).
2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. (Valor histórico: R\$ 921,37; percentual da multa aplicada: 70%).
3. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. (Valor histórico: R\$ 318,58; percentual da multa aplicada: 60%).
4. Deixou de proceder a retenção do ICMS e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado. (Valor histórico: R\$ 877,30; percentual da multa aplicada: 60%).

A empresa por seus procuradores legalmente constituídos, conforme mandato procuratório anexo, impugna a decisão do Inspetor Fazendário, fls. 149/152, que fez inserir no sistema informatizado da SEFAZ a Revelia, nos termos do art. 111, do RPAF/99, pois teve ciência da lavratura do auto de infração, através do AR em 08/07/07, sem que lhe fossem entregues os documentos necessários ao exercício do seu direito de defesa. O autuado teve seu recurso acatado, sendo os autos devolvidos para a JJF, preservando a competência originária para a decisão da lide, conforme publicação no D. Oficial, fl. 156.

O autuante informou, fl. 159, que a documentação foi devolvida no dia 30/07/2007, conforme documento que anexa fl. 160.

Em 09 de novembro de 2007, o ilustre Conselheiro Álvaro Barreto Vieira, apreciando a interposição de impugnação ao arquivamento da defesa, considerou que estava comprovada a devolução ao autuado dos livros e documentos vinte dias após a intimação acerca do lançamento, sendo conseqüentemente nula a intimação, pois praticada com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 18, II, do RPAF/99 (fl. 164).

Ressaltou ainda que não havia nos autos prova da entrega ao autuado de cópia dos demonstrativos que embasaram a autuação, e das notas fiscais coletadas no CFAMT, acostadas ao processo, (fls. 132/135 e 137/143).

Em vista das irregularidades acima apontadas, a Infaz Irecê, intimou a empresa, conforme documentos de fls. 166/167, e saneou-as, reabrindo o prazo de defesa de 30 dias.

O autuado ingressou com defesa, fls. 174 a 180, suscitando as seguintes alegações:

Reconhece como devida a infração nº 01, e em face da ocorrência de bitributação, diz que está sendo exigido o pagamento de ICMS sobre mercadorias que já tiveram o imposto pago por substituição tributária, como consta do demonstrativo e das notas fiscais de compras arroladas pelo autuante.

Inicia sua peça impugnativa citando o art. 2º do RPAF/99, enunciado que revela a intenção do legislador de assegurar aos contribuintes um tratamento justo, digno e igualitário, diante do contencioso fiscal, o que remete aos princípios que norteiam o Estado de Direito. Ressalta o art. 112 do CTN, que usa o princípio do “in dubio pro contribuinte”.

No mérito alega a ocorrência de bitributação, pois trata-se de contribuinte enquadrado como empresa de pequeno porte que comercializa produtos, cujo ICMS já foi pago pelo substituto tributário. No caso, exigir ICMS através de auditoria de conta caixa sem abater receitas relativas às operações sujeitas à substituição e à antecipação tributária, é dar ao dispositivo da lei interpretação diversa da que determina a Carta Magna e toda a legislação infraconstitucional. Afirma que negar ao contribuinte o direito de dedução de impostos já pagos, em sede de substituição ou antecipação tributária, via auto de infração, é destoar da finalidade do instituto do SimBahia. Cita o princípio da isonomia que consiste em tratar os iguais e os desiguais como desiguais nos limites de suas desigualdades. A final pugna pela nulidade da autuação, ou pela improcedência, caso haja apreciação do mérito.

O autuante presta informação fiscal, fl. 193, lembrando que a infração 01 foi reconhecida, e que a empresa não se pronunciou quanto à infração 02.

Quanto às infrações 03 e 04, conclui que houve um provável equívoco na leitura ou na interpretação das infrações, pois nos demonstrativos de fls. 18 a 20 e de fls. 27 a 29 não constam mercadorias sujeitas à substituição tributária, mas mercadorias sujeitas ao regime normal de tributação. Esclarece que a substituição tributária foi cobrada por ter o autuado realizado operações de saídas de mercadorias em quantidades que caracterizam vendas no atacado a contribuintes não inscritos.

Opina pela procedência da autuação.

## VOTO

Inicialmente verifico que o auto de infração preenche os requisitos formais para sua eficácia, não havendo infringência aos princípios do contraditório e da ampla defesa, mormente quando o contribuinte recebeu cópias de todos os demonstrativos e das notas fiscais coletadas no CFAMT - Controle Automatizado de Mercadorias em Trânsito, tendo sido saneadas as irregularidades relativas à falta de devolução dos documentos fiscais ao tempo do recebimento do auto de infração. Assim, o art. 18 do RPAF/99 foi respeitado em sua inteireza, não havendo o que se falar em nulidade do presente lançamento.

No mérito, o contribuinte reconheceu expressamente a infração 01, não estando sujeita à apreciação por esta Relatora, devendo ser mantida.

Quanto à infração 02, o autuado na peça de defesa não a impugna, o que denuncia o reconhecimento tácito de seu cometimento. Ademais, a omissão de saídas de mercadorias

tributáveis foi apurada através de entradas de mercadorias não registradas, capturadas no CFAMT, confrontando-as com o valor declarado na DME, conforme demonstrativos de fls. 13/21 (exercício de 2002) e de fls. 23 a 29, (exercício de 2003).

Outrossim, o contribuinte recebeu cópias das notas fiscais capturadas no CFAMT -, tendo a possibilidade de exercer plenamente o direito de defesa, e elidir a presunção jûris tantum, prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, mas não o fez. Diante destes fatos, e dos documentos acostados ao PAF, entendo que a infração está caracterizada e deve ser mantida.

Nas infrações 03 e 04, estão sendo exigidos ICMS, em razão da falta de retenção e o conseqüente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subseqüentes, nas vendas para contribuintes localizados neste Estado.

Trata-se de vendas para contribuintes não inscritos, uma vez que o autuado efetuou quase a totalidade de suas operações como atacadista, apesar de sua atividade cadastral ser varejista. Na infração 03, estão abrangidas as saídas de mercadorias sujeitas à alíquota de 7% (cesta básica), e na infração 04, as operações de mercadorias sujeitas à alíquota de 17%.

O autuante anexou, por amostragem, cópias de notas fiscais de saídas de mercadorias para contribuintes não inscritos, fls. 31 a 130, e constato que constam na discriminação das mercadorias, as quantidades de sacos, fardos, denotando vendas para contribuintes não inscritos, ficando assim, sujeito às regras do art. 353, I, do RICMS vigente que estabelece:

*Art. 353. São responsáveis pelo lançamento e recolhimento do ICMS, na condição de sujeitos passivos por substituição, devendo fazer a retenção do imposto, nas operações de saídas internas que efetuar, para fins de antecipação do tributo relativo à operação ou operações subseqüentes a serem realizadas pelos adquirentes neste Estado:*

*I - o contribuinte que efetuar saída de mercadorias destinadas a outro não inscrito no Cadastro de Contribuintes, no caso de tê-las recebido sem o recolhimento antecipado do imposto;*

O contribuinte em sua peça defesa não comprova, especificamente, o não cometimento da infração, razão porque deve ser mantida, pois amparada em documentação e tipificado seu enquadramento na legislação do ICMS.

Infração mantida porque cabe ao sujeito passivo, ao realizar operações destinadas a contribuintes não inscritos, fazer a retenção do ICMS na condição de contribuinte substituto.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **269198.0006/07-7** lavrado contra **A M BARRETO FRAGA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$2.217,25**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 100,00, de 70% sobre R\$ 921,37 e de 60% sobre R\$ 1.195,88, previstas no art. 42, I, “b”, 3, III, II, “e”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 15 de maio de 2008.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO - JULGADOR