

PROCESSO - A. I. Nº 206847.0027/06-1
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e CARLOS ANTONIO SANTANA ANDRADE (KASA ANDRADE)
RECORRIDOS - CARLOS ANTONIO SANTANA ANDRADE (KASA ANDRADE) e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0222-01/07
ORIGEM - INFAZ INDÚSTRIA
INTERNET - 01/10/2009

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0281-12/09

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. NULIDADE. VÍCIOS FORMAIS DO PROCEDIMENTO. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. A ação fiscal é um ato administrativo vinculado às determinações legais, que lhe impõe limites. O recorrente somente foi comunicado do seu desenquadramento no Regime Simplificado de Apuração do Imposto – SIMBAHIA, quando da ciência do Auto de Infração. Houve inequívoco cerceamento de defesa, além de desobediência à norma regulamentar. Modificada a Decisão recorrida. Item Nulo. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. **a)** FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTAS FISCAIS NO REGISTRO DE SAÍDAS. Após diligência fiscal, infração elidida. Modificada a Decisão de 1ª Instância. **b)** CUPONS FISCAIS. EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO FISCAL EM LUGAR DAQUELE DECORRENTE DO ECF. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. A legislação tributária estadual determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 2% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Infração subsistente. Após diligência fiscal, restou provado que parte dos cupons fiscais haviam sido emitidos. Modificada a Decisão de 1ª Instância para ajustar para 2% o percentual da multa aplicada às determinações da Lei nº 10.847, de 27/11/07, e ao resultado da diligência fiscal. 3. CONTA “CAIXA”. SUPRIMENTOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. São insubsistentes os elementos com os quais o contribuinte pretende provar a origem do suprimento de Caixa. De acordo com o § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, havendo suprimento de Caixa de origem não comprovada, presume-se a existência de omissão de saídas de mercadorias, haja vista que ingressos de valores na

contabilidade nessas condições são tidos como relativos à falta de contabilização de vendas anteriormente realizadas. Infração subsistente. 4. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO, NA QUALIDADE DE SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO, RELATIVO ÀS OPERAÇÕES INTERNAS SUBSEQUENTES. Não ficou comprovado que os adquirentes são contribuintes do imposto. Autuação elidida. Infração insubsistente. Recurso de Ofício **PREJUDICADO** quanto ao item 1 e **NÃO PROVIDO** quanto ao item 4. Recurso Voluntário **PARCIALMENTE PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso de Ofício em razão da Decisão proferida, através do Acórdão nº 0222-01/07, ter desonerado o sujeito passivo de parte do débito a ele imputado, consoante determina o art. 169, I, “a”, do RPAF/99, e de Recurso Voluntário, interposto pelo contribuinte, inconformado com a referida Decisão, com base no art. 169, I, “b”, do citado regulamento.

O Auto de Infração, lavrado em 23/03/2007, exige ICMS no valor de R\$417.694,12, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 67.179, 71, decorrência das seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, nos meses de agosto a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a outubro de 2004, sendo exigido ICMS no valor de R\$340.177,61, acrescido da multa de 50%. Foi constatado, pela fiscalização, o recolhimento a menos tendo em vista a exclusão da base de cálculo do imposto o valor constante na Nota Fiscal nº. 00723. mod. 1, de emissão própria, a título de devolução de mercadoria, sem comprovação de sua saída anteriormente, bem como, por deixar a empresa de incluir valores tributáveis de saídas de mercadorias através de Notas Fiscais mod. 1, sem anexar a primeira via do Cupom Fiscal à via fixa do talão. Somando os seus valores ao faturamento declarado pela empresa, a sua receita ajustada excedeu em mais de 20% o limite de R\$ 1.200.000,00, tanto em 2002 quanto em 2003 e 2004. Nos períodos considerados, o imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, por se tratar de infrações de natureza grave, de acordo com o artigo 408-L, inciso VII, e na forma do artigo 408-S, todos do RICMS/97, conforme Documentos Fiscais e demonstrativos apensados ao Auto, cujas cópias foram entregues ao contribuinte;
2. Entrada no estabelecimento de mercadorias sujeitas a tributação sem o devido registro fiscal, nos meses de dezembro de 2004 e novembro de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória de 10% do valor das mercadorias no valor de R\$2.063,85;
3. Utilização indevida crédito fiscal de ICMS por não haver entrado a mercadoria no estabelecimento, no mês de dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$743,41, acrescido da multa de 150%. A infração diz respeito as Notas Fiscais complementares, emitidas apenas para destaque de ICMS, de mercadorias adquiridas quando se encontrava inscrita na condição de Empresa de Pequeno Porte, sem direito a crédito fiscal;
4. Emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a agosto de 2005, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória de 5% do valor das mercadorias no valor de R\$65.115,86;
5. Omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimento de caixa de origem não comprovada, no mês de dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de

R\$21.073,99, acrescido da multa de 70%. O suprimento restou caracterizado sob a alegação de empréstimo obtido de Astolfo Santana e Silva Neto. O contribuinte não apresentou contrato de empréstimo, nem registro da transação na declaração de imposto de renda do suposto contratado, bem como não apresentou extrato bancário de conta corrente do mesmo demonstrando saída de bens numerários para suprir o caixa da contratante. Houve também suprimento do caixa feito por Carlos Andrade, registrado sob a alegação de adiantamento por conta de lucro, sem comprovar a origem dos recursos;

6. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro a agosto de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$33.593,85, acrescido da multa de 70%;
7. Falta de retenção do ICMS e o consequente recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, nos meses de janeiro a dezembro de 2002, janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, sendo exigido ICMS no valor de R\$22.105,26, acrescido da multa de 60%.

Após análise das razões defensivas, da informação fiscal, a 1ª JJF decidiu pela procedência parcial da autuação, pronunciando, em síntese, o seguinte voto:

Relativamente à infração 1, após descrição da acusação e da sua motivação, bem como das razões de defesa, foi observado que a primeira questão a ser discutida era se a devolução de mercadorias realizada através da Nota Fiscal nº 00723, mod. 1, no valor de R\$99.000,00, emitida pelo contribuinte, poderia ser, ou não, considerada. Que apesar do autuado ter citado e transcrito o artigo 653, do RICMS/BA, não observou as indispensáveis disposições regulamentares para realização da devolução, conforme dispõe o artigo 653, §§ e incisos, cujo teor foi transcrito. Por sua leitura, elas não permitem nenhuma dúvida quanto ao procedimento que deve ser adotado, obrigatoriamente, a fim de que possa o estabelecimento recebedor da devolução dar entrada da mercadoria, sendo o legislador enfático ao exigir prova inequívoca da devolução, certamente no intuito de afastar qualquer possibilidade de prejuízo ao Erário Estadual, haja vista que o desfazimento da venda atinge diretamente o crédito tributário, seja com a utilização do crédito fiscal em se tratando de contribuinte normal, seja com a exclusão do valor da devolução na apuração da receita bruta em se tratando de contribuinte SimBahia – EPP, caso do autuado. Afora que a empresa ao emitir a Nota Fiscal nº 00723, deixou de mencionar o número, a série, e a data do documento fiscal originário, apesar de ter juntado aos autos documento apartado, contendo declaração assinada pela pessoa que efetuou a devolução, com indicação do motivo da devolução, constando a espécie e o número do seu documento de identidade, declaração esta que não é suficiente para comprovar inequivocamente a devolução de 11.500 kg de mercadorias. Inclusive, não consta na nota fiscal nenhuma indicação do transportador, placa do veículo e, o mais relevante, o efetivo trânsito das mercadorias já que sem carimbo de qualquer posto fiscal, fixo ou móvel. Ademais, não houve a comprovação da reintegração ao estoque das mercadorias devolvidas, mesmo sendo solicitada. Portanto, considerando não existir prova inequívoca da devolução, a exigência referente à Nota Fiscal nº 000723 foi mantida.

A segunda questão diz respeito às Notas Fiscais, modelo 1, emitidas pelo autuado, que por ser contribuinte obrigado a utilizar Equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) deveria observar as disposições dos artigos 824-B e 238, mais seus incisos, alíneas e parágrafos, do RICMS/BA, transcritos. No caso de emissão de Nota Fiscal, modelo 1, o contribuinte usuário de ECF, obrigatoriamente deve juntar a 1ª via do documento fiscal emitido no ECF a via fixa da Nota Fiscal emitida, na qual deverão ser consignados o número sequencial atribuído ao equipamento emissor de Cupom Fiscal e o número do Cupom Fiscal. A juntada da 1ª via não representa uma faculdade dada ao contribuinte, mas uma imposição, valendo dizer que a comprovação efetiva da operação ocorre quando obedecida à determinação regulamentar acima referida, havendo a necessidade de uma perfeita identificação da operação, tanto para preservar o contribuinte quando fiscalizado, quanto ao Erário Estadual, para evitar qualquer risco ou prejuízo. Como o

contribuinte não observou as disposições regulamentares, a irregularidade restava provada. Contudo, no mês de agosto de 2002, o autuado não excedeu ao limite de R\$1.200.000,00, conforme demonstrativo acostado aos autos, significando dizer que, o valor de R\$15.025,44 relativo ao ICMS apurado no mencionado mês foi excluído da exigência fiscal.

Por fim, foi informado de que *por se tratar o autuado de contribuinte SimBahia, inscrito na condição de empresa de pequeno porte, o autuante apurou o imposto tomando como base os critérios e as alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, conforme a Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o artigo 19 da Lei nº 7.357/98, observando o crédito no percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, consoante previsto no §§ 1º e 2º do art. 19 da Lei nº 7.357/98.* A infração foi mantida em parte.

Em relação às infrações 2 e 3, houve a observação de que o contribuinte havia reconhecido o ilícito fiscal.

Quanto à infração 4 foi ressaltado de que a emissão de cupom fiscal através do ECF é obrigação acessória para o contribuinte do ICMS que realize vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto. O não atendimento resulta na aplicação da multa de 5% do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele nas situações em que está obrigado, conforme previsto no RICMS-BA, nos seus artigos 824-B e 238. O autuado além de não observar as determinações regulamentares, não comprovou que emitiu os Cupons Fiscais concomitantemente com as Notas Fiscais, ou que ficou impossibilitado de emití-los, restando, portanto, caracterizada a infração apontada na autuação. Não foi aceito o argumento de defesa de que este item da exigência fiscal se confundia com aqueles apontados como 01 e 06, tendo em vista que neste item da autuação está sendo aplicada multa por descumprimento de obrigação acessória. Já nas infrações 01 e 06, a exigência diz respeito à não tributação das notas fiscais, modelo 1, emitidas pelo contribuinte, ou seja, está sendo exigido imposto.

Relativamente à infração 5, houve o entendimento de ser totalmente procedente a infração, pois provado que além da empresa ter sido intimada, sem êxito a apresentar cópias da declaração do imposto de renda dos credores, bem como cópias dos contratos das transações realizadas, com firmas reconhecidas das partes contratantes à época, bem como dos extratos bancários das contas que registraram as transações, *“o imposto exigido foi apurado com base no levantamento fiscal e na escrituração efetuada pelo próprio autuado em seu livro Diário, sendo identificado suprimimento de caixa de origem não comprovada.”* Em relação aos documentos de prova apresentados para desconstituir a infração (cópias dos documentos relativos às transações realizadas e dos livros contábeis – Razão e Diário), foi entendido que eles não comprovavam o ingresso dos recursos, pois *“é condição indispensável para reconhecimento da transação, que haja prova que demonstre de forma inequívoca, a transferência dos recursos entre as pessoas envolvidas, a exemplo do que ocorreria se fossem apresentados os extratos bancários dos credores e tomador, posto que esta prova, originária de fonte externa, no caso, uma instituição financeira, revelaria a efetiva movimentação do dinheiro, o que não ocorreu no presente caso”*. Além do mais, as provas vinculadas ao fato estão na posse do autuado, cuja prova poderia ter sido acostada aos autos, o que não foi feito.

Com relação à infração 6, que cuida da falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, ficou mantida com as mesmas razões apresentadas para a infração 1. O contribuinte não observou as disposições do RICMS/BA e nos autos não há comprovação do alegado na peça de defesa, pela ausência da indispensável e obrigatória juntada das 1ª vias dos Cupons Fiscais às vias fixas das Notas Fiscais emitidas. E, conforme dito anteriormente, quando da manifestação da infração 4, não existe duplicidade de exigência com relação a este item da autuação, pois naquela foi imposta multa por descumprimento de obrigação acessória e nesta exigência de imposto dos valores referentes às mesmas Notas Fiscais arroladas na autuação 4.

No que diz respeito à infração 7, que cuida da falta de retenção do ICMS, e, consequentemente, o recolhimento, na qualidade de sujeito passivo por substituição, relativo às operações internas subsequentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, houve o entendimento de que cabia razão ao autuado quanto a este item da autuação, pois não consta nos autos a comprovação de que os destinatários sejam contribuintes não inscritos. Assim foi expresso: *O volume ou a habitualidade das aquisições, no presente caso, não são suficientes para determinar a veracidade da acusação, considerando principalmente a espécie de mercadoria. A meu ver, para que a autuação tivesse sustentação, caberia ao Fisco comprovar o que alega e não ao contribuinte, pois, no presente caso, não se trata de presunção legal, esta sim que impõe ao contribuinte o ônus da prova. Observo que nas Notas Fiscais arroladas na autuação, os adquirentes das mercadorias são, dentre outros, o Banco do Brasil; Associação dos Moradores do Conjunto Santa Luzia; Clube dos Empregados da Petrobrás; Centro Educacional Grilo Falente; Pastoral da Criança; Fapex, etc. Não há como afirmar que, simplesmente pelo volume ou habitualidade das aquisições, os adquirentes acima relacionados sejam contribuintes não inscritos do imposto, para impor ao contribuinte a obrigação de retenção do ICMS, conforme exigido neste item da autuação. Infração insubsistente.*

Inconformado com a Decisão proferida pela 1ª JF, o contribuinte, por representante legalmente constituído, apresentou Recurso Voluntário (fls. 5.011/5.038).

Entendeu ser nula a infração 1 com base no art. 18, I e II e art. 20 do RPAF/BA, pois foi, irregularmente desenquadrado do SimBahia, já que tal desenquadramento possui três vícios insanáveis: praticado por autoridade incompetente, realizado através de ato não previsto em lei, ou seja, através de Auto de Infração e, consequentemente, existindo flagrante cerceamento do seu direito de defesa. Observa que foi notificado do desenquadramento através do Auto de Infração, lhe sendo subtraído o seu direito de ampla defesa. Inclusive, a “cassação” do regime simplificado teve por base uma acusação de natureza grave, sendo acusado de agir com dolo e má fé, sem que lhe fosse concedido o direito do contraditório. Afora tais fatos, o desenquadramento não foi efetuado pelo Inspetor Fazendário conforme determina a norma regulamentar.

Afirma que a Nota Fiscal nº 00723 “se sozinha, não ampara qualquer ação fiscal do porte ora discutido, revela, segundo redação do próprio Auto de Infração, que teria sido a mesma emitida para acobertar entradas. Então, se não comprovou a correspondente saída anterior”, como acusado, não há que se falar em faturamento da venda e, consequentemente, na necessidade de inclusão da mesma NF na base de cálculo do imposto.” Também não se pode afirmar que a mesma foi emitida para regularizar estoque. Neste caso, cabia ao fisco, através de outra auditoria, verificar tal ocorrência. E, quanto a ausência das primeiras vias dos cupons fiscais, afirma que eles se constituíam em um “absurdo e inalcançável faturamento duplicado” para a mesma operação de venda, já que única e que “não comporta a presunção de omissão de receita, inclusive por falta de previsão legal para tanto”. Disse que com sua anterior defesa havia apresentado as notas “A1”, nas quais constava a identificação dos respectivos cupons fiscais. Continuando com sua argumentação, afirma que os cupons fiscais foram juntados aos autos pelas “fitas detalhes” já que seria humanamente impossível arrecadar as primeiras vias dos cupons nas mãos dos seus clientes, já que, por equívoco funcional, as notas “A1” foram entregues aos adquirentes juntamente com as primeiras vias dos cupons fiscais.

Observa que essas duas ocorrências se configuram “infrações autônomas” que, investigadas poderiam, ou não, ensejar a recuperação do ICMS, inclusive cumpridas as formalidades legais pelo regime normal de apuração, não havendo dolo ou má-fé que descaracterizasse seu desenquadramento do regime simplificado de apuração do imposto. Volta a afirmar que o seu desenquadramento foi realizado por autoridade incompetente e sem possibilidade de ampla defesa, como determina a norma tributária. No bojo desta discussão, afirma que o Poder Judiciário deste Estado já havia se posicionado, transcrevendo Parecer da PGE e decisões deste CONSEF.

No mérito, divide a infração em duas partes. Na primeira discorre sobre a Nota Fiscal nº 00723 e afirma que ela foi emitida conforme legislação pertinente. Que o autuante, quando da informação fiscal, apresenta diversas presunções de vendas fictícias e de devoluções sem, contudo, apresentar qualquer prova. Comenta e rebate estas chamadas “presunções” e diz que embora na nota fiscal não estejam consignados os números dos cupons fiscais de aquisição das mercadorias, este fato não a torna inidônea, com base na previsão disposta no parágrafo único do art. 209, do RICMS.

Na segunda parte da defesa de mérito, disse que o autuante não poderia levar para apuração de sua receita bruta, o desenquadrando do SimBahia, as notas fiscais emitidas em substituição aos cupons fiscais, pois em todas elas estão consignados os números dos respectivos cupons fiscais e o número sequencial do ECF, em cumprimento ao disposto no § 1º do art. 238, do RICMS/BA. Afirma que em nenhum momento a norma regulamentar considera, ou pressupõe, como devido o imposto sobre nota fiscal emitida conforme termos do seu art. 238, I e II, quando o cupom fiscal não esteja anexado. E que a presunção legal somente existe no caso expresso no § 3º do art. 238 do RICMS/BA, caso não relatado no Auto de Infração.

Volta a discutir a forma equivocada do seu desenquadramento do regime do SimBahia, fazendo considerações a respeito da Lei nº 7.357/98 para afirmar que ela não prevê hipótese de exclusão do referido regime através de Auto de Infração. Requer a procedência parcial da autuação no valor de R\$4.538,53 referente ao mês de dezembro de 2002, que disse ter pago a menos como empresa de pequeno porte..

Ratifica o cometimento das infrações indicadas com 2 e 3 do Auto de Infração.

No tocante à infração 4, disse que a sanção deveria ser cancelada ou, no mínimo reduzida, pois seu procedimento não havia causado qualquer prejuízo ao Erário, já que não ensejou a falta de pagamento do tributo. Além do mais não existia prova de que a infração foi praticada com dolo, fraude ou simulação, uma vez que emitiu, voluntariamente, a documentação fiscal, notadamente em operações sujeitas à tributação. Contrapondo o argumento de que no processo não havia prova da falta de energia elétrica que justificasse a utilização de nota fiscal de venda à consumidor em substituição ao uso de equipamento emissor de cupom fiscal, disse que em pesquisa realizada no sistema INC/PGF – Planejamento e Gerenciamento de Fiscalização desta Secretaria de Fazenda e em relação ao período de 2002 a 2006, não foi constatado qualquer procedimento da empresa que resultasse na falta de recolhimento do imposto, ou mesmo descumprimento de qualquer obrigação acessória. Solicitou o cancelamento da multa ou a sua redução, trazendo acórdãos deste Colegiado para corroborar seu pedido.

Afirma, em relação à infração 5, que os argumentos são os mesmos anteriormente apresentados. Entende equivocada a conclusão a que chegou a JF, pois sem eficácia jurídica. Disse que tal conclusão transforma uma obrigação acessória, e as vezes inexistente, em uma presunção relativa a uma obrigação principal. Apresentou ementas deste CONSEF para corroborar sua posição.

No que tange à infração 6, diz que repete os argumentos expostos na 2ª parte da infração 1. Afirma que foi considerado ter ele excedido o limite previsto de receita para enquadramento no SimBahia. Entretanto não houve a observância dos procedimentos regulamentares, ou seja, o desenquadramento de ofício no regime simplificado de apuração deve ser efetuado pelo Inspetor Fazendário e comunicado ao contribuinte. Afirma que a Lei nº 7.357/98 não prevê hipótese de exclusão de uma empresa no citado regime através do Auto de Infração. Ressalta que, para constituir a infração, o autuante apenas se pautou no fato de que não foram apresentadas as 1ª vias dos cupons fiscais emitidos para as notas fiscais que os substituíram. Afirma que as notas fiscais foram emitidas em conformidade com as determinações do art. 238 e art. 746, do RICMS/BA, onde estão consignados, no campo de observações, os números e datas dos cupons fiscais correspondentes, sendo devidamente escrituradas as saídas das mercadorias através dos cupons fiscais, que foram lançados no livro Registro de Saídas de Apuração do ICMS. Afirma que o autuante não comprovou sua alegação de que “*in loco*” constatou a prática de vendas com

documentos diversos, denominado de “Orçamento”. Entende acusação leviana e que não procede. Requereu a improcedência da autuação.

Em relação à infração 7, solicita que seja mantida a Decisão da JJF.

A PGE/PROFIS (fls. 5054/5063) em seu opinativo, após relatar, sucintamente, as razões oferecidas pelo recorrente para desconstituição das infrações 1, 4, 5 e 6, passou a analisá-las.

No que tange à infração 1, enfrentou a arguição de nulidade suscitada pela empresa, uma vez que, sendo optante do SimBahia, não fora formalmente desenquadrado, e que este ato está triplamente viciado, na medida em que foi praticado por autoridade incompetente - o autuante - através de ato não previsto em lei - Auto de Infração -, sem prévia notificação do autuado, portanto, com flagrante cerceamento do direito de defesa.

Inicialmente afirma não se filar a esse entendimento. Ao contrário, entende que a legislação tributária estadual prevê duas hipóteses distintas, quais sejam, o desenquadramento de regime e a suspensão temporária de sua aplicação. E, as hipóteses de desenquadramento estão elencadas no art. 408-L do RICMS, que transcreve, observando que nas hipóteses dos incisos II, III, IV, V e VI do referido artigo, o contribuinte “*ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia)*” (art. 409-P do RICMS).

Diz que o ato de desenquadramento do SimBahia objetiva exatamente impedir que a empresa pague o ICMS segundo as normas próprias do regime. Portanto, impossível entender-se que a norma do art. 408-P também trata de desenquadramento, pois, nesse caso, seria uma paráfrase inútil da previsão contida no art. 408-L. Sendo assim, diz respeito à suspensão temporária do regime, para o efeito de ação fiscal específica, ou seja, o contribuinte continua enquadrado no SimBahia, recolhendo mensalmente o ICMS pelos critérios aplicáveis a esse regime, mas, quanto à ação fiscal que apurou a ocorrência de alguma das situações previstas nos incisos II, III, IV, V e VI do art. 408-L, do RICMS o imposto devido será apurado pelos critérios aplicáveis ao regime normal. Nesse raciocínio, afirma que a combinação do art 408-P com o inciso V, do art. 408-L (ambos da norma regulamentar) induz a conclusão de que a prática de quaisquer das infrações de natureza grave prevista no art 915, incisos III, IV e V, alíneas “a” e “e”, do RICMS sujeita a empresa a duas ordens de consequências, (não excludentes): a) a suspensão temporária do regime, no bojo de ação fiscal que apure a prática dessas infrações; b) o desenquadramento definitivo, a critério do inspetor fazendário competente, veiculado em ato formal.

Após tais considerações e reportando-se à discussão dos autos, observa que segundo a própria descrição da infração efetuada pelo fiscal autuante, o contribuinte teria incidido na hipótese do art. 408-L, inciso VII, do RICMS, com a redação vigente à época do fato gerador, inciso este não inserido no rol daqueles que legitimam a suspensão temporária do Simbahia, tanto que houve a exclusão de ofício do contribuinte do Regime Simplificado de Apuração, referendada pelo Inspetor fazendário, como se vê no documento acostado às fls. 883 dos autos. Em assim sendo, ocorreu a hipótese do mencionado dispositivo legal e, pretendendo a Administração Fazendária submeter o autuado aos critérios aplicáveis ao regime normal de tributação, deverá promover antecipadamente o desenquadramento do contribuinte, mediante processo regular, submetido ao crivo do contraditório. É o que, aliás, já foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, como se vê da Decisão de fls. 5043/5048. E, tal conduta não foi observada, a despeito da exclusão de ofício (art. 406-A, § 1º do RICMS) haver sido formalizada pelo Inspetor Fazendário (fl. 883). Não foi instaurado o processo do contraditório, o sujeito passivo não foi cientificado previamente do ato de exclusão, nem lhe foi aberta oportunidade de defesa. Assim, lastimando que, por ora, fique impune a conduta censurável praticada pelo autuado, não ver como deixar de reconhecer a nulidade da infração 1. Recomenda, não obstante, caso assim entenda esse Egrégio CONSEF, a renovação do procedimento, pautada nos ditames constitucionais.

Em relação às infrações 4, 5 e 6 entendeu que o recorrente não carrou aos autos nenhum elemento novo. Portanto, restou claro que os princípios do contraditório e da ampla defesa foram

preservados, tornando incontroverso que as razões recursais não foram capazes de elidir a autuação.

Das fls. 5.077 a 5.088 consta parcelamento do débito requerido pelo recorrente relativo às infrações 2 e 3 (reconhecidas) e parte da infração 1, relativa ao imposto do mês de dezembro que disse o contribuinte ser devido.

Os autos foram encaminhados à ASTEC/CONSEF para dirimir questionamentos a respeito da infração 6 (fl. 5.093). Foi solicitado por esta 2ª CJF que fiscal estranho ao feito tomasse as seguintes providências:

1. Intimasse o recorrente para apresentar os originais dos cupons fiscais apensados às fls. 1948 a 4888, observando que o período de averiguação se restringia aos meses de novembro e dezembro de 2004, janeiro a agosto de 2005. Que também apresentasse demonstrativo analítico correlacionando estes cupons fiscais com as respectivas notas fiscais.
2. Após estas apresentações, que fosse analisado o demonstrativo elaborado pela empresa com os originais das respectivas notas fiscais (acostadas aos autos pelo autuante) e os cupons fiscais (também originais) apresentados pelo recorrente.
3. Havendo divergências, apresentá-las, elaborando demonstrativo das mesmas.

Através do Parecer ASTEC nº 39/2009 (fls. 5096/5097) a diligente fiscal informa que após entrega da documentação solicitada, foram analisados e confrontados os originais das respectivas notas fiscais e cupons fiscais (também originais), ficando comprovado que os cupons fiscais emitidos foram, efetivamente, substituídos pelas respectivas notas fiscais. Observa que neles constam as mesmas datas e horas de emissão, as mesmas descrições, quantidades, códigos, valores unitários e descontos das mercadorias saídas através dos mesmos. Ao final, afirma que da análise procedida não restava valores de ICMS a recolher relativamente à infração 06. Apresenta parte da documentação para comprovar o que expôs.

Autuante e recorrente foram intimados para tomar conhecimento do resultado da diligência solicitada por esta 2ª CJF, mas não se manifestaram (fls. 5148/5150).

A PGE/PROFIS, em nova manifestação, acata o resultado da diligência efetuada pela ASTEC/CONSEF.

VOTO

Passo a apreciar o e Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, no sentido de o desonerar do pagamento do imposto exigido no presente Auto de Infração no valor decidido pela 1ª Instância deste CONSEF.

A infração 1 do presente processo diz respeito ao recolhimento a menos ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do ICMS, por ter sido constatado pelo fisco a exclusão, na base de cálculo do imposto, do valor constante na Nota Fiscal nº 00723. mod. 1, de emissão própria, a título de devolução de mercadoria, sem comprovação de sua saída anteriormente, bem como, do recorrente ter deixado de incluir valores tributáveis de saídas de mercadorias através de Notas Fiscais mod. 1, sem anexar a primeira via do Cupom Fiscal à via fixa do talão. O imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, por se tratar de infração de natureza grave, de acordo com o artigo 408-L, inciso VII, e na forma do artigo 408-S, todos do RICMS/97.

O recorrente traz questão preliminar de nulidade da ação fiscal que deve, de pronto, ser analisada. Diz que foi irregularmente desenquadrado do SimBahia, sendo que este desenquadramento possui vícios insanáveis: foi praticado por autoridade incompetente (pelo autuante e não pelo Inspetor Fazendário), realizado através de ato não previsto em lei, ou seja, através de Auto de Infração e, conseqüentemente, existindo flagrante cerceamento do seu direito de defesa e, inclusive, a “cassação” do regime simplificado teve por base uma acusação de

natureza grave, sendo acusado de agir com dolo e má-fé, sem que lhe fosse concedido o direito ao contraditório.

Inicialmente, observo que o imposto foi calculado pelo regime normal de apuração já que a fiscalização concluiu que o contribuinte excedeu ao limite de sua receita bruta, no período fiscalizado, para permanecer enquadrado no SimBahia. Portanto, aqui não se trata da cobrança do imposto por uma falta grave no período fiscalizado que determina a apuração do ICMS pelo regime normal de apuração sem que exista desenquadramento da empresa do referido regime. Houve o seu desenquadramento do regime simplificado de apuração do imposto. Esta situação é corroborada pelo enquadramento legal indicado pelo agente fiscal, ou seja, art. 408-L, VII e não o art. 408-L, V, ambos do RICMS/97.

Isto posto, discordo do recorrente quando afirma que o ato de desenquadramento foi realizado por autoridade incompetente. Quem o desenquadrou foi o Inspetor Fazendário, conforme prova à fl. 883 dos autos, ou seja, ele após o “de acordo” na solicitação feita pelo autuante. Porém uma ação fiscal é ato administrativo vinculado às determinações legais, que lhes dão limites de ação. No caso, deve-se analisar o argumento do recorrente de que somente foi comunicado deste desenquadramento quando do lançamento através do Auto de Infração.

Eram determinações do RICMS/97 quanto ao desenquadramento de uma empresa no SimBahia:

Art. 404-A. A exclusão do regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) ou a alteração do enquadramento no referido regime será feita de ofício ou por solicitação do sujeito passivo por meio de programa aplicativo fornecido pela Receita Federal

Parágrafo único. O contribuinte que deixar de recolher o imposto por 03 (três) meses consecutivos ou 06 (seis) meses alternados ou incorrer na prática de infrações de natureza grave poderá ser excluído do Regime, a critério da autoridade competente, na forma em que dispuser o regulamento"

Art. 407-A. Ao ser requerida pelo sujeito passivo ou ao ser determinada de ofício a sua exclusão, o contribuinte poderá optar pelo enquadramento em outra categoria, ou adotar as providências que se fizerem necessárias para permanecer na categoria anteriormente adotada, quando admissível, desde que sejam preenchidos os requisitos regulamentares.

Art. 408-B. Na hipótese de alteração de inscrição, passando o contribuinte da condição de microempresa, de empresa de pequeno porte ou de ambulante para a condição de contribuinte normal, uma vez determinado o desenquadramento da condição anterior, deverá o contribuinte, no último dia útil do mês em que receber a comunicação do desenquadramento, efetuar o levantamento das mercadorias em estoque, especificando, separadamente:

I -

II -

III -

Pela análise dos dispositivos regulamentares acima transcritos, e no caso em tela, é dever do Órgão Fazendário comunicar ao contribuinte este desenquadramento antes de autuar, uma vez que a norma determinava a possibilidade da empresa em discutir administrativamente tal desenquadramento, recolhendo o imposto devido espontaneamente, se fosse o caso. Não existindo a possibilidade de permanecer no SimBahia, deveria ajustar seus estoques, utilizar os créditos fiscais e, mais uma vez, recolher o imposto. Se assim não agisse, aí sim, deve ser lavrado o Auto de Infração.

Toda esta norma decorre do princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV da Constituição Federal), que constitui pilar do Estado Democrático de Direito. Ao cidadão e/ou contribuinte é assegurado o exercício de ampla defesa quer seja no âmbito particular quer seja em lide com o Poder Público.

No caso presente, o autuante solicitou ao Inspetor Fazendário o desenquadramento da empresa do SimBahia e, ato contínuo, cobrou o valor do imposto pelo regime normal de apuração sem que tenha havido, anteriormente, notificação ao contribuinte deste ato por parte da Administração Tributária. Em assim sendo, resta insofismável o cerceamento do direito da ampla defesa da empresa. E, nesta linha de conduta, entendo pertinente transcrever trecho da Decisão do Sr. Juiz de Direito Substituto da 1ª Vara de Fazenda Pública da Comarca de Salvador, Dr. Leonardo Tochetto Pauperio (Mandado de Segurança Individual nº 673862-2/2005):

.....

Com efeito, o Parecer final de fls. 32/34 demonstra nitidamente que a cassação do benefício fiscal operou-se independentemente da oitiva da impetrante, não lhe tendo oportunizado o exercício do seu direito de ampla defesa nos termos do mandamento constitucional. A leitura do Parecer e da Decisão demonstra, a partir do breve relatório deles constantes, a completa inexistência de participação da impetrante antes da Decisão proferida.

Sem adentrar na análise dos requisitos exigidos para o gozo do benefício criado pelo Decreto Estadual nº 7.488/98 e posteriormente alterado pelo Decreto Estadual nº 7.799/2000, é de se reconhecer a arbitrariedade da Decisão tomada a partir de provocação interna no âmbito da Secretaria da Fazenda do Estado, haja vista não ter a contribuinte sido informada previamente da instauração do procedimento, sendo-lhe furtado, neste particular, o direito de defesa.

A Decisão deve ser anulada para que a autoridade estatal promova um novo procedimento para revogação do benefício fiscal, desta feita dando ciência de sua instauração à impetrante e oportunizando-lhe o exercício da ampla defesa.

E esta Decisão espelha diversas outras prolatadas pelo Poder Judiciário e por este Conselho de Fazenda Estadual em casos semelhantes.

Em vista do exposto e comungando com o opinativo da Douta PGE/PROFIS, meu voto é pela nulidade do lançamento referente a este item da autuação com base no art. 18, II, do RPAF/99 (Decreto nº 7.629/99).

Recomendo ao órgão competente que renove a ação fiscal, podendo o contribuinte, antes desta renovação, sanar alguma irregularidade porventura existente mediante denúncia espontânea.

O item 4 do Auto de Infração exige multa pela emissão de outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso de equipamento de controle fiscal nas situações em que está obrigado. Ou seja, o autuado emitiu nota fiscal ao invés de cupom fiscal, conforme obrigado pela norma regulamentar vigente.

O recorrente não contestou de que as notas fiscais foram emitidas em substituição aos cupons fiscais. Entretanto, voluntariamente, as emitiu, inclusive em relação às operações sujeitas à tributação, o que demonstrava não ter havido dolo, fraude ou simulação, além de não ter ocasionado qualquer prejuízo ao erário. Solicitou o seu cancelamento ou a sua redução, conforme benefício contido no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96.

Ressalto, inicialmente, de que o recorrente não apresentou qualquer explicação, e prova, para demonstrar a impossibilidade da emissão de cupom fiscal. Em relação ao fato de que emitiu, voluntariamente, notas fiscais ao invés dos cupons fiscais, entendo que, ao contrário do argumento de defesa, este não é ato voluntário e sim um dever, conforme comando da norma regulamentar e nas situações por ela determinada. E, quanto ao fato de que as operações comerciais, consignadas nas notas fiscais, foram submetidas à tributação, observo que a infração não cuida de cobrança do imposto e sim da aplicação de uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória, não estando aqui a se falar em dolo ou fraude.

No mais, o art. 824-B, do RICMS/97 determina que os contribuintes do ICMS que realizarem vendas de mercadorias ou prestações de serviços a não contribuintes desse imposto deverão utilizar equipamento Emissor de Cupom Fiscal (ECF) para documentar tais operações ou prestações, nos casos que indica, não estando o contribuinte enquadrado nas exceções indicadas pelas determinações legais. Sendo obrigado ao uso do ECF, somente nos casos em que a nota fiscal (de venda ao consumidor final) seja solicitada pelo comprador, por sinistro ou razões técnicas (art. 238, II, §§ 1º e 2º e art. 329, § 5º do RICMS/97) é que pode ela ser emitida, sendo que o fato dever ser, obrigatoriamente, registrado.

Entretanto, a pedido desta 2ª CJF, fiscal estranho ao feito solicitou à empresa documentação relativa à infração 06, cujas notas fiscais fazem parte da presente. Da análise feita, se comprovou que todos os cupons fiscais foram emitidos. Em assim sendo, devem ser excluídos da presente autuação os meses de novembro e dezembro de 2004, bem como todo o período do exercício de 2005.

Isto posto, o art. 42, XIII-A, “h”, da Lei nº 7.014/96 dispunha que a multa a ser aplicada na situação guerreada era de 5% (cinco por cento) do valor da operação ao contribuinte usuário de equipamento de controle fiscal que emitir outro documento fiscal em lugar daquele decorrente do uso deste equipamento nas situações em que está obrigado. Portanto, tendo penalidade específica, não posso acolher o pedido da aplicação do benefício contido no art. 42, § 7º, da Lei nº 7.014/96. Entretanto, com o advento da Lei nº 10.847, de 27/11/07 (DOE de 28/11/07) houve redução deste percentual indicado pela lei de 5% para 2%.

Assim, com a exclusão dos valores relativos aos meses de novembro e dezembro de 2004, bem como todo o período do exercício de 2005 e diante do que preconiza o art. 106, II, “c”, do Código Tributário Nacional – CTN, deve ser parcialmente reformada a Decisão de 1ª Instância quanto ao valor da multa exigida, que passa para R\$22.094,18, conforme demonstrativo a seguir.

DEMONSTRATIVO DÉBITO INFRAÇÃO 4

DATA Ocorrência	BASE DE CÁLCULO	PERCENTUAL (%)	MULTA EXIGIDA
31/1/2003	12.443,20	2	248,86
28/2/2003	24.394,90	2	487,90
31/3/2003	17.217,40	2	344,35
30/4/2003	9.306,60	2	186,13
31/5/2003	20.353,85	2	407,08
30/6/2003	33.973,20	2	679,46
31/7/2003	13.699,04	2	273,98
31/8/2003	36.325,52	2	726,51
30/9/2003	46.733,60	2	934,67
31/10/2003	49.288,60	2	985,77
30/11/2003	26.256,60	2	525,13
31/12/2003	19.786,95	2	395,74
31/1/2004	74.163,76	2	1.483,28
28/2/2004	59.102,88	2	1.182,06
31/3/2004	94.037,52	2	1.880,75
30/4/2004	36.925,33	2	738,51
31/5/2004	14.675,59	2	293,51
30/6/2004	18.910,44	2	378,21
31/7/2004	86.979,87	2	1.739,60
31/8/2004	73.086,53	2	1.461,73
30/9/2004	298.267,77	2	5.965,36
31/10/2004	38.779,96	2	775,60
TOTAL	1.104.709,11		22.094,19

A autuação da infração 5 decorreu da identificação de omissão de saída de mercadorias tributáveis apurada através de suprimimento na conta Caixa no mês de dezembro de 2005.

Inicialmente observo dois aspectos: o legal e o contábil

O art. 4º, § 4º da Lei nº 7.014/96 determina como presunção da ocorrência de operações mercantis tributáveis sem pagamento do imposto, sempre que a escrituração apresentar suprimimento na conta caixa, entre outras, salvo se o contribuinte provar o contrário, ou seja, o ônus da prova em desconstituir a presunção é do sujeito passivo. Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar de que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

Suprimimento de caixa são recursos lançados na escrita contábil com o intuito de simular receitas. Para ser identificado ele deve ser quantificado e indicada a data do seu lançamento. Após esta constatação, o contribuinte deve ser intimado para comprovar a origem do Recurso, já que a auditoria que estar sendo aplicada diz respeito a receitas e despesas da empresa. Após tal providência não sendo comprovada a origem do recurso, estará provado o suprimimento de caixa, mesmo que exista saldo na conta “Caixa” da empresa.

Isto posto, ao analisar o procedimento fiscal, resta provado que o fiscal autuante ao constatar, no mês de dezembro de 2005 (dias 30 e 31 – fls. 983/984), suprimimento na conta caixa da empresa no

seu livro Diário (fls. 978/990 dos autos) intimou o contribuinte para provar a legalidade do lançamento contábil, ou seja, cópias dos contratos das transações realizadas com firma reconhecida das partes contratantes à época, bem como, cópias dos extratos bancários das contas que registraram as transações (fl. 991). Esta comprovação não foi realizada. Em sendo assim, constatou o suprimimento na conta caixa de origem não comprovada e lavrou o Auto de Infração.

Ao analisar as razões de defesa, a JJF, com perfeito acerto, não as acolheu, pois o simples lançamento contábil (como insiste o recorrente em afirmar) não é prova para caracterizar o efetivo ingresso de Recurso na movimentação financeira da empresa. Seria necessária a comprovação da origem dos Recursos, seja pela movimentação bancária, seja pelos princípios juridicamente estabelecidos em leis civis e comerciais, contratos acordados e registrados devidamente em órgão públicos. Em sendo assim, o empréstimo no valor de R\$47.714,64, realizado pela pessoa jurídica de Astolfo Santana e Silva Neto (CNPJ 05.144.917/0001-83), Inscrição Estadual nº 57.797.591), deveria estar comprovado na forma acima mencionada. Ressalto que se o empréstimo foi feito pela pessoa física ou jurídica do Sr. Astolfo não é fato relevante para desconstituir a irregularidade apurada. E, mesmo assim, na sua Declaração de I. Renda Pessoa Física não consta qualquer empréstimo realizado no exercício de 2005 (fls. 993/995). Ao contrário é na Declaração de I. Renda Pessoa Física do Sr. Antonio Carlos Santana Andrade é que consta uma doação de R\$40.000,00 ao Sr. Astolfo. Caberia ao recorrente apontar o equívoco apresentando a sua declaração de pessoa jurídica, se fosse o caso. O fato de essa pessoa ser seu filho, como alegou, de igual forma não invalida todos os procedimentos a serem seguidos, já que existe completa distinção entre uma pessoa física de uma jurídica. No mais, os lançamentos contábeis nos livros Diário e Razão da firma Astolfo Santana Silva Neto (fls. 4890/4892), trazidos pelo recorrente, mais uma vez não são capazes de elidir a acusação, pois estes lançamentos devem ser carregados de provas objetivando dar certeza da sua ocorrência. Em relação ao valor de R\$76.250,00, dito devolução integral de valores recebidos por conta de antecipação de distribuição de lucros de sua firma individual, de igual forma, devem ser comprovados conforme já explicitado e, simples emissão de uma nota promissória emitida pelo próprio proprietário da empresa nada prova.

Em vista de tudo exposto, à conclusão a que chegou a JJF tem todo um embasamento jurídico e contábil, não havendo qualquer pertinência a alegação do recorrente de que houve, apenas, o descumprimento de uma obrigação acessória. Se este Colegiado assim não se posicione, estará tomando uma Decisão em desacordo com a legislação posta, bem como, indo de encontro à boa técnica contábil.

O contribuinte ainda entendeu que seu procedimento não causou prejuízo ao Erário, o que, também, discordo. Ao suprir sem comprovação a sua conta Caixa, omitiu receitas advindas de vendas de mercadorias, conforme determina a legislação vigente.

Por fim, em relação aos acórdãos deste Colegiado trazidos para consubstanciar suas alegações de defesa, elas não servem como paradigma. Primeiro, são decisões sobre irregularidades alheias ao presente lançamento e, em segundo, mesmo que assim não fosse, é necessário que cada caso seja analisado para que seja decidido se este ou outro acórdão do CONSEF seja considerado paradigma objetivando sua aceitação.

Mantenho em sua integridade a Decisão de 1ª Instância em relação a este item da autuação.

Na infração 6 se estar a exigir ICMS sob a acusação de ter havido omissão de saídas de mercadorias por não ter sido lançado documentos fiscais nos livros fiscais próprios. Consta da acusação que o contribuinte quando da emissão de notas fiscais – modelo 01, sob a alegação de substituição aos cupons fiscais, não anexou às primeiras vias dos mesmos às vias fixas dos talonários.

A 1ª JJF ao prolatar a sua Decisão a respeito da matéria não aceitou os argumentos de defesa já que o impugnante não havia apresentado, para elidir a acusação a ele imputada, qualquer cupom fiscal 1ª via original, ou cópia deste, apenas cópias das referidas notas fiscais mod. 1 e das Fitas-Detalhes das saídas. Entretanto, ao analisar as cópias dos documentos carregados pelo recorrente

às folhas 1948 a 4888, estas cópias são das notas fiscais autuadas correlacionadas com cópias dos cupons fiscais emitidos e não com as Fitas-Detalhes, conforme entendeu o julgador de Primeira Instância.

Inicialmente, observo que o enquadramento legal desta infração está equivocado, fato que poderia ensejar a nulidade do lançamento fiscal. O § 3º do art. 2º, do RICMS/BA não contempla a presunção de saídas anteriores de mercadorias pelo fato de notas fiscais de saídas e/ou cupons fiscais não terem sido lançados nos livros fiscais e sim do lançamento de documentos fiscais de entradas ou pagamentos não registrados, entre outros. Mas, diante da descrição dos fatos feitos no corpo do Auto de Infração poderia se estar diante de uma omissão de vendas, não anteriores, mas sim, das operações autuadas. Em assim sendo e com base na determinação do art. 19, do RPAF/BA, os autos foram encaminhados em diligência à ASTEC deste CONSEF para que fossem dirimidas todas as dúvidas existentes.

Após intimar o contribuinte para apresentar a documentação solicitada e analisá-la, a diligente fiscal concluiu: *“de acordo com os valores das notas fiscais e cupons fiscais apresentados, confrontados com os dados dos demonstrativos analíticos apresentados pelo recorrente (fls. 8099/5106), não resta valor a recolher na Infração 6, considerando que as mercadorias descritas nas notas fiscais, objeto da infração 6, foram acobertadas pelos respectivos cupons fiscais emitidos pelo recorrente, cujos valores são os mesmos”*.

Diante desta constatação, feita por auditora fiscal que, novamente, analisou toda a documentação da empresa referente ao período fiscalizado e objeto da lide em discussão, somente com ela posso me alinhar. Considero elidida a infração e modifico a Decisão recorrida quanto a este item da autuação para julgá-lo improcedente, superada a nulidade existente com base no Parágrafo único do art. 155, do RPAF/99.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário interposto para declarar nula a infração 1, procedente em parte a infração 4 no valor original de R\$22.094,19, procedente a infração 5 no valor original de R\$21.073,99 e improcedente a infração 6.

Quanto ao Recurso de Ofício, este se restringe às infrações 1 e 7.

Em relação à infração 1, em vista da Decisão quanto ao Recurso Voluntário, o Recurso de Ofício fica PREJUDICADO, pois não existe matéria de fato a ser apreciada.

Em relativo à infração 7, não merece qualquer reforma a Decisão recorrida. Já que não consta nos autos a comprovação de que os destinatários sejam contribuintes não inscritos. Concorro com a JJF de que para se sustentar a autuação caberia ao Fisco comprovar o que alega e não ao contribuinte, pois, no presente caso, não se trata de presunção legal, esta sim que impõe ao contribuinte o ônus da prova. Ressalto que nas Notas Fiscais arroladas na autuação, os adquirentes das mercadorias são, dentre outros, o Banco do Brasil; Banco Bradesco, Federação Bahiana de Futebol, Associação dos Moradores e Amigos do Rio vermelho, Associação dos Moradores do Conjunto Santa Luzia; Clube dos Empregados da Petrobrás; Centro Educacional Grilo Falante; Pastoral da Criança; Fapex, etc. Não há como afirmar que, simplesmente pelo volume ou habitualidade das aquisições, os adquirentes sejam contribuintes não inscritos do imposto, para impor ao autuado a obrigação de retenção do ICMS, conforme exigido neste item da autuação. Em assim sendo, mantenho a Decisão recorrida e NEGÓ PROVIMENTO a mesma.

Solicita-se ao órgão Competente desta Secretaria de Fazenda que sejam homologados os valores efetivamente recolhidos.

Voto pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário e quanto ao Recurso de Ofício declarar PREJUDICADO em relação à infração 1 e NÃO PROVIDO quanto à infração 7, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DEMONSTRATIVO DE DÉBITO								
Seq.	OCORR.	VENC.	ALÍQ (%)	B. DE CÁLCULO	MULTA (%)	VLR JULGADO-JJF	VLR JULGADO-CJF	MULTA (%)
1	31/05/2004	09/06/2004	17	5.871,92	50	5.871,92	0,00	50
2	30/06/2004	09/07/2004	17	5.756,90	50	5.756,90	0,00	50

3	31/07/2004	09/08/2004	17	19.808,84	50	19.808,84	0,00	50
4	31/08/2004	09/09/2004	17	14.417,71	50	14.417,71	0,00	50
5	30/09/2004	09/10/2004	17	43.980,96	50	43.980,96	0,00	50
6	31/10/2004	09/11/2004	17	11.865,37	50	11.865,37	0,00	50
7	30/12/2004	09/01/2005	0	1.649,41	10	1.649,40	1.649,40	10
8	19/11/2005	09/12/2005	0	414,46	10	414,45	414,45	10
9	31/12/2005	09/01/2006	17	743,41	150	743,41	743,41	150
10	31/01/2003	09/02/2003	0	622,16	5	622,16	248,86	2
11	28/02/2003	09/03/2003	0	1.219,75	5	1.219,74	487,90	2
12	31/03/2003	09/04/2003	0	860,87	5	860,87	344,35	2
13	30/04/2003	09/05/2003	0	465,33	5	465,33	186,13	2
14	31/05/2003	09/06/2003	0	1.017,69	5	1.017,69	407,08	2
15	30/06/2003	09/07/2003	0	1.698,66	5	1.698,66	679,46	2
16	31/07/2003	09/08/2003	0	684,95	5	684,95	273,98	2
17	31/08/2003	09/09/2003	0	1.816,28	5	1.816,27	726,51	2
18	30/09/2003	09/10/2003	0	2.336,68	5	2.336,68	934,67	2
19	31/10/2003	09/11/2003	0	2.464,43	5	2.464,43	985,77	2
20	30/11/2003	09/12/2003	0	1.312,83	5	1.312,83	525,13	2
21	31/12/2003	09/01/2004	0	989,35	5	989,34	395,74	2
22	31/01/2004	09/02/2004	0	3.708,19	5	3.708,18	1.483,28	2
23	28/02/2004	09/03/2004	0	2.955,14	5	2.955,14	1.182,06	2
24	31/03/2004	09/04/2004	0	4.701,88	5	4.701,87	1.880,75	2
25	30/04/2004	09/05/2004	0	1.846,27	5	1.846,26	738,51	2
26	31/05/2004	09/06/2004	0	733,78	5	733,77	293,51	2
27	30/06/2004	09/07/2004	0	945,52	5	945,52	378,21	2
28	31/07/2004	09/08/2004	0	4.348,99	5	4.348,99	1.739,60	2
29	31/08/2004	09/09/2004	0	3.654,33	5	3.654,32	1.461,73	2
30	30/09/2004	09/10/2004	0	14.913,39	5	14.913,38	5.965,36	2
31	31/10/2004	09/11/2004	0	1.939,00	5	1.938,99	775,60	2
42	30/12/2005	09/01/2006	17	8.111,49	70	8.111,49	8.111,49	70
43	31/12/2005	09/01/2006	17	12.962,50	70	12.962,50	12.962,50	70
TOTAL				484.873,99		447.743,13	45.975,44	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADO** em relação à infração 1 e, **NÃO PROVER** no que tange à infração 4, o Recurso de Ofício interposto e **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206847.0027/06-1, lavrado contra **CARLOS ANTONIO SANTANA ANDRADE (KASA ANDRADE)**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$21.817,40**, acrescido das multas de 150% sobre R\$743,41 e 70% sobre R\$21.073,99, previstas no art. 42, V, “b” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de **R\$24.158,04**, previstas no art. 42, incisos IX, XIII-A, “h”, do mesmo Diploma legal, alterada pela Lei nº 10.847/07, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05, devendo ser homologado o valor já recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de setembro de 2009.

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA – PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

MARIA HELENA CRUZ BULÇÃO – REPR. DA PGE/PROFIS