

A. I. Nº. - 206921.0006/07-0
AUTUADO - LISETE NOBRE BARRETO
AUTUANTE - MARCUS VINICIUS BADARÓ CAMPOS
ORIGEM - INFRAZ ATACADO
INTERNET - 16. 12. 2010

**1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO JJF N° 0382-01/10**

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. A exclusão de valores consignados pelo autuante em duplidade resulta na redução do valor do débito. Infração parcialmente comprovada. **b)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. Revisão realizada por fiscal estranho ao feito, considerando a redução do imposto a recolher, prevista no § 4º do art. 352-A do RICMS/BA, reduz o montante do tributo a ser exigido. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração, para a prevista na época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96). Infração parcialmente caracterizada. 2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Saldo credor da conta “Caixa” indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração confirmada. 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração não impugnada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Através do Auto de Infração em lide, lavrado em 22/06/2007, foi efetuado o lançamento do crédito tributário correspondente à exigência de ICMS no valor de R\$131.626,95, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes infrações:

01 – recolheu a menos o ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 [no inciso II do art. 353 do RICMS/BA], nos meses de fevereiro, março, setembro, outubro e dezembro de 2004, fevereiro a abril e junho de 2005, e janeiro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$12.538,97, acrescido da multa de 60%, conforme Planilha da Antecipação Tributária (Anexo I). Consta que se refere a notas fiscais resgatadas no CFAMT;

02 – deixou de recolher o ICMS, em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, nos exercícios de 2004 _____, 2005 _____, 2006 _____, exigindo imposto no valor de R\$88.363,25, acrescido da multa de 70%, de acordo com o art. 352-A, § 4º, do RICMS/BA;

Caixa (Anexo II). Consta que se refere a notas fiscais resgatadas no CFAMT e que foi concedido o crédito presumido de 8%, de acordo com o § 1º do art. 19 da Lei do SimBahia;

03 – recolheu a menos o ICMS no prazo regulamentar, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, em referência às aquisições de mercadorias provenientes de outros Estados, nos meses de agosto a dezembro de 2004, janeiro e março a agosto de 2005, exigindo imposto no valor de R\$28.294,73, acrescido da multa de 50%, de acordo com a Planilha da Antecipação Parcial (Anexo III). Consta que se refere a notas fiscais resgatadas no CFAMT e verificadas junto a fornecedores;

04 – deixou de recolher o ICMS no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte, enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia, nos meses de abril a dezembro de 2006, exigindo imposto no valor de R\$2.430,00, acrescido da multa de 50%, conforme Histórico da Condição e Relação de DAEs (Anexo IV).

O autuado ingressou com impugnação à fl. 251, solicitando uma revisão dos cálculos do faturamento anual do seu fluxo de caixa, considerando o teto de microempresa, tendo em vista que não possui estrutura física nem financeira para adquirir as mercadorias constantes nos registros fornecidos pela SEFAZ/BA. Argumenta que provavelmente foi vítima de estelionato, pois em nenhum momento essas mercadorias chegaram ao seu estabelecimento, nem sequer as faturas relativas a débitos. Pugna pela revisão de todo o processo e que seja reavaliada a situação de sua empresa.

O autuante prestou Informação Fiscal à fl. 294, salientando que apesar das alegações do impugnante de que não teria efetuado tamanho volume de compras e de ter constatado que se trata de estabelecimento que se encontrava enquadrado como microempresa 1, possuindo um capital social de R\$3.000,00, não poderia entrar no mérito das suposições, o que poderia ser feito apenas se o contribuinte juntasse provas cabais de que não realizara todas as compras apuradas.

Assevera que o único fato disponível é que várias compras foram feitas em nome do autuado, de acordo com as notas fiscais acostadas aos autos. Acrescenta que, tendo em vista que apesar de intimado várias vezes (fls. 10 a 12), o autuado não apresentou livros ou notas fiscais de saídas ou até mesmo o livro Caixa, o que pode ser levado em consideração, em termos de estimativa de vendas, é o teto máximo de faturamento atinente à sua faixa, que em 2004 foi de R\$100.000,00 e nos exercícios de 2005 e 2006 foi de R\$144.000,00, o que refletirá apenas na infração 02, reduzindo o estouro de caixa apurado inicialmente, conforme planilhas anexadas às fls. 296 a 298.

Assim, apresenta os seguintes novos valores para a infração 02: R\$13.262,65 para o exercício de 2004, R\$32.084,08 para 2005 e R\$9.910,74 para 2006, totalizando o montante de R\$55.257,47 para essa imputação. Conclui que as demais infrações devem ser mantidas, o que resulta no débito total de R\$76.369,48 (R\$131.626,95 – R\$55.257,47).

Considerando que, em relação às infrações 01 a 03, não consta dos autos a comprovação de que o sujeito passivo tivesse recebido cópias das notas fiscais coletadas através do CFAMT e tendo em vista que alguns desses documentos não se encontram acostados ao PAF, a exemplo das Notas Fiscais de nº.s 173.339, 12.509, 20.353 (infração 01) e 184.139 (infração 03); considerando que no caso da infração 01, os dados referentes aos demonstrativos dos meses de fevereiro e março de 2004 estão repetidos naqueles referentes aos mesmos meses do exercício seguinte; considerando que nos demonstrativos correspondentes à infração 03, a exemplo das Notas Fiscais de nº.s 356.867, 167.485, 196.718 e 164.447, não foi observada a redução de 50% do valor do imposto a recolher, prevista no § 4º do art. 352-A do RICMS/BA: a 1ª JJF diligenciou o processo à INFRAZ Atacado (fl. 302), para que o autuante adotasse as seguintes providências:

- 1) anexasse as vias das notas fiscais que serviram de base para o lev às infrações 01 a 03 que não foram juntadas aos autos, excluindo aque ACÓRDÃO JJF N° 0382-01/10

2) efetuasse uma revisão da infração 01, visando sanar o equívoco concernente à repetição dos dados, conforme acima indicado;

3) efetuasse uma revisão da infração 03, atendendo ao disposto no § 4º do art. 352-A do RICMS/97.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado as cópias reprográficas das notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal, dos novos demonstrativos elaborados e da solicitação de diligência. Naquela oportunidade, deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para que ele, querendo, se manifestasse nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse informação fiscal, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/BA.

Em atendimento ao pedido de diligência, à fl. 304 o autuante prestou as seguintes informações:

1) constatou que realmente não se encontram acostadas ao PAF as notas fiscais resgatadas no CFAMT de nº.s 173.339 e 12.509 (infração 01), dos meses de fevereiro e março de 2004, porém somente nos mesmos meses de 2005; já a Nota Fiscal de nº. 184.139 (infração 03) se encontra no processo, mas sob outro número (181.970), uma vez que a numeração inicialmente utilizada se referia ao “número de controle”;

2) ocorreu um equívoco no momento de “copiar e colar” a planilha de um exercício para o outro, de modo que as notas fiscais apontadas para os meses de fevereiro e março de 2004 (infração 01), na realidade somente existem para esses meses do exercício de 2005;

3) quanto à redução de 50% (infração 03), salienta que o contribuinte somente não fez jus em relação às mercadorias comercializadas pelo fornecedor (CFOP 6.102), isto é, quando não foram objeto de produção própria (CFOP 6.101).

Assim, de acordo com as planilhas que alega estar anexando às fls. 305/306, na infração 01 os débitos relativos aos meses de fevereiro e março de 2004, que representavam os valores originais de R\$1.218,74 e R\$3.064,38, não passam a apresentar nenhum débito. Deste modo, a infração 01 passa de R\$12.538,97 para R\$8.255,85 (R\$12.538,97 – R\$4.283,12), enquanto que o montante total do débito é reduzido para R\$72.086,36 (R\$76.396,48 – R\$4.283,12).

Conforme consta à fl. 305, o contribuinte foi cientificado a respeito do resultado da diligência, quando foi reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, não constando dos autos nenhuma manifestação a respeito.

Considerando que o pedido de diligência anterior não foi atendido em sua integralidade, tendo em vista que as cópias das notas fiscais que embasaram as infrações 01 a 03 não foram entregues ao sujeito passivo; considerando que ao realizar os ajustes referentes à infração 01, o autuante se equivocou ao efetuar a dedução do valor atinente ao mês de março de 2004 e uma vez que deixou de elaborar o novo demonstrativo correspondente a essa infração: a 1ª JJF converteu o processo em diligência (fl. 311), para que o autuante elaborasse demonstrativo referente à infração 01, revendo os valores a serem deduzidos, tendo em vista a exclusão da exigência concernente aos meses de fevereiro e março de 2004.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado as cópias reprográficas de todas as notas fiscais utilizadas no levantamento fiscal, que se encontram acostadas às fls. 56 a 243, dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante e da solicitação de diligência, quando deveria ser reaberto o prazo de defesa em 30 (trinta) dias, para que o autuado, querendo, se manifestasse nos autos. Havendo manifestação do autuado, o autuante deveria prestar informação fiscal.

Após realizar a diligência, o autuante prestou Informação Fiscal à fl. 314, esclarecendo que em relação à infração 01, suprimira as exigências relativas aos meses de fevereiro e março de 2004 nos respectivos valores de R\$1.218,74 e R\$2.602,03. Assim, essa infração ficou com os valores de R\$8.718,20 (R\$12.538,97 – R\$3.820,77), enquanto que o montante geral para R\$72.548,71 (R\$76.396,48 – R\$3.820,77).

Em conformidade com o Termo de Intimação de fl. 318, foram disponibilizadas ao contribuinte as cópias reprográficas das notas fiscais anexadas às fls. 56 a 243, do pedido de diligência e da informação fiscal, quando foi reaberto o seu prazo de defesa em 30 (trinta) dias, não constando dos autos, entretanto, nenhuma manifestação a respeito.

Considerando que o autuante deixou de realizar os ajustes concernentes à infração 03, quanto à aplicação da redução do imposto a recolher, prevista no § 4º do art. 352-A do RICMS/BA: a 1ª JJF deliberou pelo envio do processo à INFRAZ Atacado (fl. 321), para que Auditor Fiscal estranho ao feito efetuasse uma revisão dessa infração, observando em relação a cada documento fiscal objeto do lançamento, qual atende ao disposto no mencionado dispositivo regulamentar.

Em seguida, deveriam ser entregues ao autuado cópias reprográficas dos elementos anexados pelo diligente e da solicitação, quando deveria ser informado ao sujeito passivo quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias, para que ele, querendo, se manifestasse nos autos. Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante.

Após realizar a diligência, o Auditor Fiscal José Roberto Oliveira Carvalho informou à fl. 336, que revisou as planilhas de fls. 44 a 55, concedendo a redução do valor do imposto, prevista no § 4º do art. 352-A do RICMS/BA, tendo verificado novos valores a serem exigidos do contribuinte, de acordo com as planilhas e com o demonstrativo de débito que elaborou (fls. 323 a 335), resultando no montante de R\$10.230,03.

O autuado foi cientificado à fl. 339, a respeito da revisão realizada pelo diligente.

À fl. 344, o diligente prestou Informação Fiscal Complementar, salientando que atendendo pedido do preposto do autuado e visando facilitar os trabalhos do CCRED, elaborara Demonstrativo de Débito (fls. 342/343) contendo os saldos remanescentes contendo todas as alterações constantes dos autos, indicando o novo saldo devedor, conforme segue:

INFRAÇÃO	DÉBITO ORIGINAL	DÉBITO RETIFICADO
01	12.538,97	8.718,20
02	88.363,25	33.105,78
03	28.294,73	10.230,03
04	2.430,00	2.430,00
TOTAL	131.626,95	54.484,01

Consta recibo à fl. 346, atinente à entrega ao contribuinte, da informação fiscal e do novo demonstrativo de débito, porém não consta manifestação a respeito.

VOTO

Observo que por meio do presente Auto de Infração foi exigido o recolhimento do ICMS, tendo em vista a constatação de quatro irregularidades imputadas ao sujeito passivo. Em sua impugnação, o autuado se limitou a solicitar uma revisão dos cálculos referentes ao faturamento anual do seu fluxo de caixa, salientando que não possuía estrutura para adquirir as mercadorias constantes nos registros da Secretaria da Fazenda, aduzindo que provavelmente teria sido vítima de estelionato.

Consigno, inicialmente, que em razão de o contribuinte ter alegado que não adquirira as mercadorias cujas notas fiscais tinham sido coletadas através do CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito), tendo sido observado que não constava dos autos a comprovação de que aqueles documentos tivessem sido entregues ao autuado, que parte das notas fiscais não se encontrava acostada ao processo, bem como que existiam inconsistências nos demonstrativos relativos à infração 01, bem como que nos demonstrativos atinentes à infração 03 não fora observada a redução do valor do imposto a recolher, previsto no artigo 352-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, a 1ª JJF determinou a revisão do processo para que tais equívocos fossem sanados.

A infração 01 decorreu do recolhimento a menos do imposto por antecipação, na qualidade do contribuinte de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias em outros estados, relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/BA.

Ressalto que ao atender as recomendações desta 1ª JJF, o autuante revisou os cálculos correspondentes, excluindo os valores apontados para os meses de fevereiro e março de 2004, respectivamente nos valores de R\$1.218,74 e R\$2.602,03, haja vista que haviam sido incluídos indevidamente, por se referirem aos mesmos meses do exercício seguinte. Deste modo, esta infração fica mantida de forma parcial, no montante de R\$8.718,20, com a exclusão dos valores relativos aos mencionados períodos, enquanto que os demais ficam inalterados.

A exigência concernente à infração 02 se referiu à falta de recolhimento do ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa. Ressalto que visando possibilitar que o impugnante exercesse plenamente o seu direito de defesa, nas diligências realizadas lhe foram entregues as cópias reprográficas de todas as notas fiscais coletadas por meio do CFAMT, quando foi reaberto o seu prazo regulamentar de defesa. Observo que, ainda assim, não foi trazida ao processo nenhuma manifestação do sujeito passivo a respeito de tais operações comerciais, o que entendo como uma concordância tácita a respeito.

Por esta razão não acolho o entendimento trazido pelo autuante na informação fiscal, quando efetuou novos cálculos, estabelecendo como receitas de cada exercício apenas os valores dos tetos máximos de faturamento previstos para as faixas de enquadramento do contribuinte, tendo em vista que o crédito tributário é indisponível e que não existe nos autos nenhuma base material, além de inexistir previsão legal para dar sustentação ao procedimento adotado. Desta forma, concluo que os valores originais verificados pela fiscalização devem ser mantidos, uma vez que apurados com base na movimentação financeira realizada em cada exercício, o que torna essa infração totalmente caracterizada.

No caso da infração 03, vejo que se referiu ao recolhimento a menos do ICMS relativo à antecipação parcial. Neste caso, fora solicitado nos pedidos de diligência que fosse observado o quanto estabelecido no § 4º do art. 352-A do RICMS/BA, que previa a redução em 50% do valor do imposto apurado, nos casos de aquisições realizadas por microempresas, quando os fornecedores se tratassesem de estabelecimentos industriais, haja vista que essa situação se verificara na grande maioria das notas fiscais objeto do lançamento.

Verifico que o Auditor Fiscal que realizou a última diligência atendeu o quanto solicitado, refazendo os cálculos correspondentes a todas as notas fiscais arroladas no levantamento implementado pelo autuante, quando apurou novos valores. Ressalto que ao realizar a revisão, o diligente considerou a redução de 60% do valor do imposto devido, nos casos em que o contribuinte houvera efetuado o recolhimento do tributo no prazo regulamentar, em conformidade com a nova redação dada ao § 4º, acima referido, cuja vigência se iniciou em 27/10/2009.

Tendo em vista, entretanto, que à época da ocorrência dos fatos geradores, esse dispositivo previa, na verdade, que a redução deveria ser da ordem de 50% sobre o valor do imposto corretamente calculado, quando originário de estabelecimentos fabricantes dos produtos adquiridos, conforme orientado nos pedidos de diligência, reavalei os cálculos realizados pelo último diligente, cujas planilhas mensais se encontram às fls. 323 a 334, com os resultados totais consolidados no demonstrativo de fl. 335.

Assim, em relação a esse demonstrativo, modifico os valores concernentes aos seguintes períodos:

- 1) 09/2004 – não existe débito para este mês, pois em relação à Nota Fiscal nº. 41.826 (fl. 71), a aquisição se originou de estabelecimento industrial, cabendo a redução do imposto a pagar em 50%, o que significa que o valor recolhido pelo contribuinte no mês não havendo nenhuma diferença a ser exigida;

2) 11/2004 – não concordo com o débito de R\$39,90, apurado sobre a Nota Fiscal nº. 43.205 (fl. 101), uma vez que o diligente indicou equivocadamente um crédito fiscal de R\$117,04, quando o correto é de R\$456,00, estando correto o valor recolhido pelo autuado, na ordem de R\$127,30. O débito concernente à Nota Fiscal nº. 104.286 (fl. 106) é de R\$188,15 e não de R\$150,52, pois a redução aplicável é de 50% e não de 60%, conforme explicitado acima. Desta forma, como as demais diferenças atinentes a esta ocorrência estão corretas, o débito total fica no valor de R\$2.134,76;

3) 08/2005 – não existe nenhum valor a ser exigido, haja vista que as Notas Fiscais de nºs 356.867 e 167.485 (fls. 61/62) correspondem ao mês de agosto do exercício anterior, tendo sido verificado, inclusive, que não restara nenhum valor a ser mantido quanto a esses documentos fiscais.

Assim, mantenho parcialmente a exigência referente à infração 03, no valor de R\$9.841,80, de acordo com a tabela que apresento a seguir:

OCORRÊNCIA	VALOR JULGADO (R\$)
10/2004	204,27
11/2004	2.134,76
12/2004	1.221,69
03/2005	133,87
04/2005	2.285,46
06/2005	610,34
07/2005	3.251,41
TOTAL	9.841,80

Discordo, por outro lado, da multa sugerida para essa infração, no percentual de 50%, baseada no inciso I, alínea “b”, item 1 do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, desde quando a multa a ser aplicada deve corresponder àquela indicada na alínea “f” do inciso II do mesmo artigo e Lei acima citados, e que representa o percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, com a redação dada pela Lei nº 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, importando em descumprimento de obrigação tributária principal. Cabe registrar que esse entendimento se encontra consubstanciado em recentes decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº. 0255-12/09.

Por último, na infração 04 foi exigido o ICMS não recolhido no prazo regulamentar, em razão da condição do contribuinte de empresa de pequeno porte, enquadrada no regime simplificado de apuração do ICMS – SimBahia.

Observo que o autuado não se insurgiu contra a apuração realizada pela fiscalização, pelo que entendo ter ocorrido uma aceitação tácita dessa imputação. Como constatei que a irregularidade em questão se encontra devidamente indicada nos autos e tendo em vista que não há lide a respeito, mantenho integralmente a infração 04.

Diante do exposto, voto pela procedência parcial do Auto de Infração, sendo mantidas parcialmente as infrações 01 e 03 e restando totalmente caracterizadas as infrações 02 e 04.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206921 0006/07-0 lavrado contra **LISETE NOBRE BARRETO**, devendo ser intimado o autuado
imposto no valor de **R\$109.353,25**, acrescido das multas de 60% sól

Created with

R\$88.363,25 e de 50% sobre R\$2.430,00, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “d” e “f”, III e I, alínea “b”, item 3 da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos legais.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10.10.00.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de dezembro de 2010.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – JULGADOR