

PROCESSO	- A. I. N° 269440.0014/07-3
RECORRENTE	- LAPA MERCANIL DE ALIMENTOS LTDA.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0192-02/07
ORIGEM	- INFRAZ BOM JESUS DA LAPA
INTERNET	- 24/08/2011

## 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACÓRDÃO CJF N° 0237-11/11

**EMENTA:** ICMS. 1. 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 contabilizados. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos, e não foi provada a existência de erros materiais do levantamento fiscal. Em virtude do estabelecimento no período da autuação se encontrar inscrito no SimBahia, a apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei n° 7.357/98, com a redação dada pela Lei n° 8.534/02, mediante o abatimento do crédito fiscal de 8% calculado sobre a receita omitida. Diligências realizadas pela ASTEC em sede de 2ª Instância reduz o valor do débito originalmente lançado com a aplicação da regra da Instrução Normativa n° 56/07. Decisão recorrida modificada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Recurso PARCIALMENTE PROVÍDO. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão proferida pela 2ª JJF, através do Acórdão JJF n° 0192-02/07, que julgou Procedente o Auto de Infração acima epigrafado, lavrado para imputar ao sujeito passivo o cometimento de 2 infrações, abaixo descritas, ambas objeto do presente recurso:

*Infração 01 - Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$68.570,34, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta “Caixa”, nos exercícios de 2003 e 2004, conforme demonstrativos às fls.08 a 21 e,*

*Infração 02 - Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no total de R\$11.841,10, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, correspondentes ao período de fevereiro a dezembro de 2003, conforme demonstrativo às fls. 23 a 24.*

Em Primeira Instância, o Relator da JJF inicialmente indeferiu o pedido de perícia, ao argumento de que presentes nos autos todos os elementos para sua convicção sobre a lide.

No mérito, assim se manifestou o Relator de Primeira Instância, *in verbis*:

*“A acusação fiscal de que cuida a infração 01 concerne a falta de recolhimento do ICMS referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor na Conta “Caixa”, nos exercícios de 2003 e 2004, cujo débito foi apurado com base na planilha intitulada de “Demonstração de Origens e Aplicações de Recursos (DOAR) às fls. 08 e 15, sendo concedido o crédito presumido de 8%, conforme estabelecido no § 1º do*

art. 408-S, do RICMS aprovado pelo Decreto nº 6.284/97 alterado pelo Decreto nº 8.413/02, em função da condição do estabelecimento de empresa de pequeno porte inscrita no SIMBAHIA nos citados exercícios. Conforme os citados demonstrativos, o débito foi apurado da seguinte forma: as origens dos Recursos correspondem aos valores declarados na DME como vendas do exercício; como aplicações de Recursos foram considerados os pagamentos a fornecedores constantes na DME menos os valores das duplicatas a pagar no exercício seguinte; os pagamentos a fornecedores não declarados referente a notas fiscais coletadas pelo CFAMT; e os valores dos recolhimentos efetuados no exercício obtidos no INC Informações do Contribuinte da SEFAZ. A apuração do saldo do Caixa de cada exercício foi feita considerando o saldo inicial mais as origens e menos as aplicações, resultando no saldo credor que foi objeto de cálculo do ICMS à alíquota de 17%, e desse resultado foi subtraído o crédito previsto no art.408-S, § 1º, do RICMS/97, dada a condição de contribuinte enquadrado no SimBahia. O 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, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, a irregularidade encontra amparo no art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97. Quando é detectada pela fiscalização omissão de saídas de mercadorias apuradas através de saldo credor de Caixa, conforme mencionado, a legislação tributária autoriza a presunção legal de omissão de mercadorias sem a tributação devida (art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97). Para elidir esta presunção legal, o autuado alegou que na DOAR, exercício 2003, não foram deduzidos dos pagamentos a fornecedores (CFAMT) no total de R\$513.621,34, o valor de R\$215.896,79 declarado na DME, salientando que este total já está contido no total das notas fiscais citadas. Por conta desse argumento, entende que deve ser considerado como base de cálculo para a tributação do SIMBAHIA: R\$513.621,34 mais R\$ 19.609,41 menos R\$ 215.896,79, menos R\$58.595,31, totaliza R\$258.738,56, menos o valor de R\$215.106,90 já tributado pelo SIMBAHIA restaria o valor de R\$43.631,75 omitido de informação na DME. Não acolho este argumento defensivo, pois todas as notas fiscais referente aos pagamentos não declarados (CFAMT), no total de R\$513.621,34, estão relacionadas às fls.09 a 11, cujo demonstrativo consta que o autuado recebeu uma cópia, e caberia ele indicar quais notas fiscais fazem parte do montante de R\$215.896,79, haja vista, que este valor foi declarado na DME pelo próprio autuado, e ninguém mais ele sabe quais foram as notas fiscais que deram origem ao citado valor. Observo que pelos argumentos defensivos o sujeito passivo recebeu as notas fiscais do CFAMT, tanto que juntou a sua impugnação todas as cópias das notas fiscais emitidas pela Mercantil Campo Belo Ltda. (fls.243 a 271), alegando que tais documentos fiscais não devem ser consideradas no trabalho fiscal, pois a emitente das notas trata-se de empresa declarada inidônea pela SEFAZ Minas Gerais em razão de prática de sonegação fiscal conforme divulgado em jornais e televisão, e por isso, aduziu que não existe provas que adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais emitidas pela citada empresa. Os originais das vias das citadas notas fiscais encontram-se nos autos às fls.26, 32, 33, 37, 39, 47, 48, 52, 53, 54, 57, 72 a 79, 94, 96 a 98, 104, 105, 113, 119, 132, 135, 142 e 175, e foram capturadas pelos fiscais da SEFAZ na entrada neste Estado no trajeto das mercadorias para o estabelecimento autuado, e servem como elementos de prova do recebimento das mercadorias. Se acaso não foram recebidas as mercadorias, caberia ao autuado comprovar esta circunstância, inclusive, se fosse o caso, que não adquiriu as mercadorias. No tocante a questão relacionada com a alegação de que houve improriedade do roteiro de auditoria ante a cobrança do imposto de mercadorias sujeitas a substituição tributária ou antecipação tributária, o entendimento do CONSEF é de que considera-se inadequado o roteiro de auditoria quando a quase totalidade das operações realizadas pelo contribuinte estiverem enquadradas no regime de substituição tributária, o que não ocorreu no presente processo, uma vez pelas notas fiscais às fls. 25 a 188 constata-se que a maioria das mercadorias constantes nos documentos fiscais não estão enquadradas no regime de substituição tributária. Ressalto que as conclusões constantes nos Acórdãos do CONSEF citadas na peça defensiva não tem semelhança com o caso em comento. Portanto, por se tratar o presente lançamento de uma presunção legal de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis não levadas à tributação, é irrelevante a discussão qual seria o regime de tributação das entradas não contabilizadas pelo contribuinte, uma vez que o débito exigido neste processo diz respeito a presunção legal de omissão de saídas anteriores sem a emissão de documentos fiscais, cuja receita lastreou a aquisição de mercadorias não registradas, ocorrência caracterizada pelos saldos credores de Caixa. Desta forma, restando caracterizado o cometimento da infração, apesar da condição do estabelecimento no SimBahia, porém, de acordo com o artigo 408-S do RICMS/97, foi correta a apuração do débito pelos critérios e alíquotas aplicáveis às operações normais, inclusive com a concessão do crédito fiscal de 8% sobre as saídas omitidas, na forma prevista no § 1º do citado dispositivo regulamentar. Por tudo isso, concluo pela subsistência deste item da autuação.

Quanto a infração 02, a exigência fiscal diz respeito 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 do RICMS/97, correspondentes ao período de fevereiro a dezembro de 2003, conforme demonstrativo às fls.23 a 24. O patrono do autuado não apontou erro no levantamento fiscal, limitando-se a alegar que deve ser deduzido do demonstrativo elaborado pelo autuante o valor correspondente às notas fiscais relativas às operações com a Mercantil Campo Belo Ltda. Pelos comentários acima, mantenho o lançamento na íntegra pois as vias das notas fiscais foram obtidas pelos postos fiscais no trajeto das mercadorias para o estabelecimento do autuado. Pelo exposto, rejeito as preliminares de nulidade, pois o roteiro de auditoria empregado na apuração do débito seguiu os princípios contábeis e foi baseado nos valores

*declarados pelo autuado e nos valores constantes em notas fiscais contendo todos os seus dados cadastrais, não havendo impropriedade do referido roteiro, uma vez que o entendimento do CONSEF é de que considera-se inadequado o roteiro de auditoria quando a quase totalidade das operações realizadas pelo contribuinte estiverem enquadradas no regime de substituição tributária, o que não ocorreu no presente processo, tomando por base as notas fiscais utilizadas na auditoria de Caixa em questão. Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.*

Inconformado com o julgamento de Primeira Instância, o sujeito passivo interpõe o presente Recurso Voluntário – fls. 294 a 309 – onde pede a decretação da nulidade ou a improcedência da autuação, nos seguintes termos, em síntese:

- I. que a exigência fiscal se constitui em bitributação, visto que o imposto exigido foi pago, já que sobre as receitas decorrentes das operações houve a incidência do ICMS pelo regime SimBahia, conforme comprovam as notas fiscais de substituição e de antecipação tributária, e DAES pagos que anexa em sua peça recursal;
- II. que o roteiro utilizado é inapropriado, pois grande parte das mercadorias que comercializa é sujeita à substituição tributária, constantes do Anexo 88 ao RICMS, ou isentas;
- III. que a simples verificação da existência de diferenças entre os valores contabilizados e os depósitos efetuados não caracterizam omissão de receita fiscal, e que a JJF equivocou-se ao não acatar a alegação defensiva de que ao autuante desconsiderou o saldo inicial do Caixa, pois bastaria verificar a DOAR de 2003 e 2004, além do que as mercadorias supostamente saídas sem declaração ainda permanecem em estoque;
- IV. que se mantida a presunção de omissão de saídas esta deve ser exigida com base no regime simplificado de apuração que constitui o SimBahia, e não pelo regime normal, pois a infração imputada não é de natureza grave, não devendo ser aplicada as regras dos artigos 15 e 19 da Lei nº. 7.357/8 e nem o art. 408-L do RICMS, já que não houve a sua exclusão do referido regime e;
- V. que a exigência fiscal se constitui em bitributação, pois recai sobre mercadoria remetida pelo fornecedor com o ICMS-ST já recolhido ou cujo imposto foi pago pelo regime do SimBahia.

A PGE/PROFIS, em seu opinativo às fls. 402 e 403, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, asseverando que a Decisão recorrida não merece reforma, e que em seu Recurso o recorrente em momento algum atacou o mérito da autuação, sendo cediço que a simples negativa do cometimento da infração ou a apresentação de alegações sem a devida comprovação material não se constitui em prova, e nem tampouco é capaz de elidir a presunção legal. Observou que o recorrente ventilou as mesmas argumentações de direito já devidamente rechaçadas pela JJF, e que, ainda, em relação à infração 2, não vislumbrou no Recurso Voluntário argumentos para contraditá-la, devendo, também, ser mantida.

Submetido o processo a pauta suplementar por esta Relatora – fl. 406 - a 1<sup>a</sup> CJF deliberou pela sua conversão em diligência à Assessoria Técnica do CONSEF para que fosse intimado, o sujeito passivo a apresentar planilha com as mercadorias entradas e saídas no estabelecimento autuado nos exercícios objeto da autuação, diante dos seus livros e documentos fiscais; a informar o saldo inicial para os exercícios fiscalizados, mediante apresentação do seu livro Caixa e a juntar aos autos ou apresentar os documentos fiscais correlatos ao valor declarado na DME dos exercícios fiscalizados. Ainda solicitou que a ASTEC, com base na planilha citada, verificasse qual o percentual de mercadorias tributáveis no período autuado e aplicá-lo sobre a base de cálculo da infração descrita no item 1 da autuação, elaborando demonstrativo de débito com o expurgo dos montantes inerentes relativos às mercadorias isentas ou sujeitas à substituição tributária ou antecipação tributária.

Foi também solicitado que a ASTEC se pronunciasse quanto ao saldo informado pelo contribuinte, elaborando nova apuração da base de cálculo da infração descrita no item 1, se necessário, ainda

verificando se houve prova por parte do contribuinte de que as compras declaradas nas DMEs dos exercícios de 2003 e 2004 estão contidas nas notas fiscais relacionadas pelo autuante.

No Parecer ASTEC nº 0016/2009 – às fls. 408 a 411 – foi informado pelo diligente que embora intimado nas datas de 04/11/2008, 12/12/2008, 29/12/2008 e 13/01/2009, através de fax e e-mail, o autuado foi intimado a apresentar o solicitado não se manifestando, e que o contador da empresa, contado pelo diligente, informou que não poderia atender ao solicitado, tendo em vista que não possuía nenhum documento em seu poder, pois os mesmos foram devolvidos ao contribuinte e o autuado não disponibilizou tais documentos para atender à solicitação da ASTEC.

Informou o diligente que novamente intimado, a seu pedido, pela Inspetoria de Bom Jesus da Lapa, “*in loco*”, no dia 27/01/2009, embora a intimação tenha sido assinada pelo sócio proprietário Sr. Antenor Robson Martins de Oliveira, conforme fl. 417, o autuado também não apresentou o solicitado.

Informou, ainda, que no dia 11/02/2009, o diligente deslocou-se para o município de Bom Jesus da Lapa, efetuando uma nova intimação, datada de 11/02/2009 e assinada pelo sócio proprietário Sr. Antenor Robson Martins de Oliveira, conforme fl. 418, sendo então apresentados os livros de Registro de Entradas de Mercadorias e Registro de Saídas de Mercadorias, bem como todas as notas fiscais de entradas lançadas no citado livro, referentes aos exercícios de 2003 e 2004, mas não foram apresentados os livros Diário, Razão e Caixa, razão pela qual não foram conferidos os saldos inicial e final de Caixa, como solicitado, sendo mantidos os do autuante, como também não foi apresentada planilha com as mercadorias tributadas, não tributadas, isentas e outras, solicitada através intimações, nem as notas fiscais correlatas ao valor declarado nas DME's dos exercícios fiscalizados.

Com base na apresentação dos originais das notas fiscais lançadas no livro de Registro de Entradas de Mercadorias, o diligente efetuou confronto com os demonstrativos originais de fls. 09/11, referente ao exercício de 2003, não constando nenhuma nota fiscal lançada, e os demonstrativos originais de fls. 18/19, referente ao exercício de 2004, sendo relacionadas, conforme fl. 421, e efetuadas as devidas exclusões no DOAR, à fl. 419.

Informou, também, que com base nos documentos apresentados, juntamente com o livro de Registro de Entradas de Mercadorias, foi efetuado levantamento da proporcionalidade entre as mercadorias tributadas, não tributadas, isentas e outras, conforme demonstrativo de fl. 420, concluindo no sentido de que foram elaborados novo demonstrativo de Caixa referente ao exercício de 2004, já que no exercício de 2003 não houve alteração, conforme demonstrativo de débito que elabora em seu Parecer, remanescendo para a infração 1 o valor total de R\$45.787,60, sendo R\$42.788,28 para o exercício de 2003, e R\$2.999,32 para o exercício de 2004.

Intimados do resultado revisional – fls. 602 e 603 - o sujeito passivo, bem como o autuante, não se manifesta.

A PGE/PROFIS, em nova manifestação, pronuncia-se pelo acatamento do resultado revisional, ressaltando que muito embora as razões de Recurso Voluntário não mereçam guarda, pois nada trazem que possam modificar o julgamento, deve ser declarada a procedência parcial da autuação, ante a aplicação da Instrução Normativa nº 56/2007.

Na assentada do julgamento, o Conselheiro Fernando Araújo pede vistas do processo e, por deliberação da 1ª CJF – fl. 608 – o processo é reenviado a ASTEC para que:

- I. fosse apurado o percentual de participação das mercadorias com fase de tributação encerrada ou objeto da exigência de ICMS por antecipação (infração 2), de forma a expurgar, proporcionalmente, da base de cálculo da infração 1, consoante a Instrução Normativa nº 56/07, os valores inerentes às mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, comercializadas pelo estabelecimento autuado;

II. fosse reavaliado o posicionamento do diligente, especificamente quando ao exercício de 2004, de excluir as notas fiscais informadas na DMEs e captadas no CFAMT - haja vista que, por se tratar de uma avaliação de aplicações de recursos, deve-se considerar o real desembolso financeiro, ou seja, o total das compras efetivamente realizadas, conforme apurado pelo autuante.

O diligente da ASTEC, em novo Parecer de nº 127/2010 – fl. 611 – informa ter apurado o percentual de participação das mercadorias tributadas, isentas, substituídas e outras, com base nos documentos fiscais de operações de entradas, conforme solicitado, através dos demonstrativos de fls. 615 e 616, e ainda informa que realmente equivocou-se ao subtrair as notas fiscais constantes da DME, as quais já haviam feito parte do levantamento do autuante, às fls. 18 e 19, elaborando novo Demonstrativo de Origens e Aplicações de Recurso – DOAR, conforme fl. 614, o que importou no demonstrativo de débito que elabora em seu Parecer, no valor total para a infração constante do item 1 da autuação, de R\$59.168,74, sendo R\$36.661,00, para o exercício de 2003, e R\$22.507,74, para o exercício de 2004.

Novamente intimados o autuante e o sujeito passivo não se manifestam – fls. 619 e 620.

Através do Parecer de fl. 621, a PGE/PROFIS se manifesta pelo acatamento do novo Parecer da ASTEC, opinando pelo Provimento Parcial do Recurso Voluntário, opinativo corroborado pelo Procurador José Augusto Martins Júnior e pela Procuradora Aline Solano Souza Casali Bahia, às fls. 625, e pelo Despacho da Procuradora Assistente Paula G. Morris, às fl. 627.

## VOTO

Inicialmente devemos consignar que neste processo administrativo fiscal buscou-se exaustivamente a verdade material, ainda que não tenha o sujeito passivo auxiliado neste desiderato, visto que embora intimado a apresentar os documentos e livros fiscais solicitados pelo diligente da ASTEC, bem como a planilha com as mercadorias tributadas, não tributadas, isentas e outras, para aplicação do critério da proporcionalidade na exigência fiscal descrita no item 1 da autuação, apenas atendeu parcialmente a solicitação, ainda assim após sucessivas intimações, demonstrando desinteresse no deslinde da questão, embora tenha apresentado Recurso Voluntário impugnando a Decisão proferida pela Primeira Instância.

Assim, de logo devemos refutar a genérica alegação de nulidade suscitada pelo recorrente, por inexistir qualquer mácula que inquine de nulidade a autuação, estando as exigências fiscais perfeitamente lastreadas nos demonstrativos acostados aos autos.

No mérito, as diligências realizadas nos autos a pedido desta Câmara de Julgamento Fiscal depuraram a exigência fiscal descrita no item 1 da autuação, o que importou na redução do quantum inicialmente exigido, ao aplicar-se à regra disposta na Instrução Normativa nº 56/07, apurando-se o percentual de mercadorias tributadas, não tributadas, isentas e outras, para efeito da aplicação do critério da proporcionalidade, conforme demonstrativos de fls. 615 e 616, já que em se tratando a infração imputada de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de Caixa, somente cabe a exigência fiscal em relação as mercadorias sujeitas à incidência do ICMS, excluindo-se as não tributadas, que por isenção ou imunidade, ou aquelas sujeitas à substituição tributária com fase de tributação encerrada.

Registre-se que o levantamento dos referidos percentuais para os exercícios objetos da autuação – 2003 e 2004 - somente foi possível com o entendimento desta CJF no sentido de que apesar do sujeito passivo não ter apresentado a planilha com as mercadorias entradas e saídas no estabelecimento autuado nos exercícios objetos da autuação, diante dos seus livros e documentos fiscais, na forma por nós solicitada, esta aferição seria possível com as notas fiscais de aquisição que constam nos autos, o que beneficiou a empresa, e importou na redução do *quantum* inicialmente lançado.

Quanto à alegação recursal envolvendo o saldo inicial do Caixa, embora intimado por diversas vezes a apresentar seu livro Caixa, o que possibilitaria a verificação do valor do saldo inicial, o sujeito passivo não atendeu a solicitação, motivo pelo qual deve ser aplicada a regra do art. 143 do RPAF, que determina que “*a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária*”.

Registre-se, ainda, que após os ajustes necessários no levantamento fiscal, o sujeito passivo teve ciência das duas diligências sem que se manifestasse, embora regularmente intimado para tal, conforme comprovam os documentos de fls. 602 e 619, respectivamente. Portanto, neste processo plenamente foram obedecidos os princípios da ampla defesa e do contraditório, furtando-se o recorrente a participar de forma efetiva na busca da verdade material.

As demais alegações recursais, por sua vez, também não merecem a mínima guarida. Não há que se falar em bitributação visto que a infração imputada – omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de Caixa - está lastreada na presunção de realização de operações desacompanhadas de documentos fiscais, portanto operações efetivadas sem oferecimento à tributação. Ainda registre-se que através do critério da proporcionalidade foram devidamente excluídas as mercadorias sujeitas à substituição tributária com a fase de tributação encerrada.

Por outro lado, não há que se aplicar à exigência fiscal a forma de apuração do regime SimBahia, vigente à época dos fatos geradores objetos da autuação, visto que, em se tratando de infração de natureza grave, ao contrário do afirmado pelo recorrente – o imposto deve ser apurado pelos critérios e alíquotas aplicadas ao regime normal de apuração, como apurado pelo autuante, o que está em conformidade com os artigos 15, V, e 19 da Lei nº 7.357/98, combinado com os artigos. 408-L e 915, III, do RICMS, este último que lista as infrações consideradas como de natureza grave, dentre estas a infração ora imputada, hipótese em que há a perda da adoção do tratamento tributário simplificado, sem desenquadramento do regime, conforme abaixo transcreto:

#### **LEI DO SIMBAHIA – Lei nº 7.357/98**

“Art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.”.

**Art. 19.** Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

**§ 1º** Ocorrendo a hipótese prevista neste artigo, para o cálculo do imposto a recolher, deverá ser utilizado crédito de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais.

**§ 2º** Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher.

#### **RICMS/BA**

“Art. 408-L. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (SimBahia) a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave de que tratam os incisos III, IV e as alíneas “a” e “c” do inciso V do artigo 915, a critério do Inspetor Fazendário”.

“Art. 915 Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

III - 70% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, em razão da falta de registro de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, apurando-se a prática de atos fraudulentos, tais como suprimento de caixa de origem não comprovada, saldo credor de caixa, passivo fictício ou inexistente, entradas ou pagamentos não contabilizados, ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis constatadas por meio de levantamento fiscal, inclusive mediante levantamento quantitativo de estoque;”.

Registre-se que a imputação trata-se de uma presunção, devidamente lastreada no art. 4º, §4º da Lei nº 7.014/96; presunção, no entanto, de natureza relativa, portanto podendo ser elidida pelo sujeito passivo, ônus do qual o mesmo não se desincumbiu.

Por fim, como bem consignou a PGE/PROFIS, não apresenta o recorrente, impugnação específica em relação à exigência fiscal descrita no item 2 da autuação, julgada totalmente Procedente pela JJF, muito menos traz ou alega existir provas documental que possa elidi-la.

Neste item, imputa-se ao sujeito passivo a falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no Anexo 69 e 88 do RICMS, exercícios de 2003 e 2004. Encontram-se nos autos, às fls. 23 e 24, demonstrativo analítico com os dados das notas fiscais – data de emissão, número, unidade federada do emitente, nome do emitente, código da mercadoria, quantitativo, valor da nota fiscal – bem como dados da apuração da base de cálculo do ICMS-ST, e demonstrativo sintético com a apuração mensal do imposto devido não recolhido pelo contribuinte, assim como as notas fiscais objeto da autuação.

Assim, como a infração está devidamente lastreada com a documentação comprobatória da sua ocorrência, sendo devida sua exigência sem a aplicação das regras do SimBahia, visto que as operações objeto de substituição ou antecipação tributária são apuradas fora das regras do regime simplificado do SimBahia, conforme art. 399 do RICMS/BA, na redação então vigente, e as razões recursais não se reportam especificamente a qualquer argumento capaz de modificar a manutenção da exigência fiscal pela JJF, somos pela sua manutenção.

Ante o exposto, votamos pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso Voluntário quanto à infração descrita no item 1 da autuação, modificando a Decisão recorrida para julgá-la Procedente em Parte, no quantum apurado pela última diligência realizada pela ASTEC, em seu Parecer de fl. 611, no valor total de R\$59.168,74, sendo R\$36.661,00, para o exercício de 2003, e R\$22.507,74, para o exercício de 2004, conforme demonstrativo de débito abaixo:

DATA DE OCORRÊNCIA	DATA DO VENCIMENTO	ICMS
31/12/2003	09/01/2004	36.661,00
31/12/2004	09/01/2005	22.507,74
<b>T O T A L</b>		<b>59.168,74</b>

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER PARCIALMENTE** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269440.0014/07-3, lavrado contra **LAPA MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$71.009,84**, acrescido da multa de 60% sobre R\$11.841,10 e 70% sobre R\$59.168,74, previstas no art. 42, incisos II, “d” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de agosto de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

SANDRA URÂNIA SILVA ANDRADE – RELATORA

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO-SÉ – REPR. DA PGE/PROFIS