

PROCESSO	- A. I. N° 299164.1103/09-5
RECORRENTE	- AUGUSTO GUILHERME FREIRE DE BRITTO JÚNIOR (A PAULISTINHA)
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF n° 0065-02/10
ORIGEM	- INFRAZ VAREJO
INTERNET	- 22/09/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0273-11/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DE VALORES DO ICMS. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Infrações elididas, conforme resultado de diligência determinada pelo Órgão de Julgamento. Auto de Infração **IMPROCEDENTE**. Modificada a Decisão recorrida. Recurso **PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF n° 0065-02/10), que julgou Procedente o presente Auto de Infração, através do qual foram atribuídos ao sujeito passivo dois ilícitos tributários, a saber:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte, optante pelo SimBahia, sendo lançado o imposto no valor de R\$ 655,15, acrescido da multa de 50%.
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de Microempresa, Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, sendo lançado o imposto no valor de R\$ 12.607,03, acrescido da multa de 50%.

A JJF rejeitou a preliminar de nulidade suscitada pelo sujeito passivo e indeferiu o pedido de revisão fiscal, dirimindo a lide administrativa, no mérito, de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"No mérito, foi lançado crédito tributário por ter deixado o contribuinte de recolher ICMS nos prazos regulamentares, na condição de Empresa de Pequeno Porte, bem como por ter recolhido a menos o ICMS antecipação parcial, na qualidade de Microempresa, Empresa de Pequeno Porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado.

Analizando as peças processuais, em relação à Infração 01, verifica-se que no “demonstrativo de débito de empresa de pequeno” às fls. 06 e 07, encontram-se registradas receitas mensais que serviram de base de cálculo para apuração do imposto com a aplicação do percentual 2,5% da faixa inicial aplicada à opção do contribuinte, sendo que tal receita bruta acumulada tributada é menor, inclusive, que a registrada e informada pelo sujeito passivo em sua DME, fls. 26 e 27. O contribuinte não trouxe aos autos documentos e levantamento demonstrando que não foram observadas as regras específicas à sua condição de optante pelo SimBahia, os equívocos da autuação nas alegadas “aquisições e receitas ajustadas que englobam matriz e filial”, assim como no que diz respeito ao “desconto” em razão da quantidade de empregados que disse ter sido lançado “a menor”, levando em conta que prova relacionada à registro de empregado, é do contribuinte, não comprovou ter quantidade maior que aquela consignada no demonstrativo que embasou a autuação. Do mesmo modo não trouxe qualquer documento dando prova cabal, nos autos, de que já recolhera o montante exigido.

Portanto restou demonstrado no levantamento levado a efeito nos autos, que o sujeito passivo deixou de recolher o imposto contextualizado no Auto de Infração. Não elidiu este item da autuação, portanto, subsistente a exigência relativa a esta infração.

Quanto à Infração 02, ressalto que é devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, nas entradas neste Estado, de mercadorias adquiridas por contribuinte optante pelo SIMBAHIA, para comercialização, não enquadradas na substituição tributária. O levantamento foi realizado com base em notas fiscais, 1ª. vias, não incluídas em DAE com imposto pago, cujos documentos foram fornecidos pelo contribuinte, conforme cópias juntadas ao PAF, às fls. 72 a 276, que foram relacionadas nos demonstrativos que embasaram a autuação, às fls. 08 à 24.

Saliento que os DAE às fls. 34 a 71 de pagamentos de antecipação parcial, não se comunicam com a presente autuação, visto que as notas fiscais neles relacionadas não foram incluídas no levantamento que deu suporte à lavratura do presente Auto de Infração.

As argüições de que as importâncias cobradas não são devidas, e de que os pagamentos realizados não foram computados durante a ação fiscal e que tais provas se encontram auferidas no próprio sistema da SEFAZ/BA, não são suficientes para elidir a acusação, visto que não trouxe aos autos os DAE pagos, identificando os documentos fiscais incluídos na autuação, bem como não juntou qualquer documento do sistema de controle de arrecadação da SEFAZ, fornecido pelo SIGAT, informando que as notas fiscais incluídas no levantamento fiscal objeto da autuação tiveram comprovados os pagamentos do ICMS antecipação parcial correspondente.

Observo que a autuação foi fundamentada nas primeiras vias das notas fiscais do contribuinte cujas cópias correspondentes se encontram no PAF, não existem nos autos para análise, os relatórios que disse ter anexado, demonstrando que não foram contempladas aquisições com alíquota de 12%; notas fiscais com substituição tributária parcial; notas complementares; remessas em consignação – CFOP 2917; compras de materiais de uso/consumo – CFOP 1556; compras com isenção – art. 24 RICMS – CFOP 2102; não contemplação de créditos; aquisições de brindes; entradas de “mostruário”; lançamentos em duplicidade e compras não realizadas.

Ademais, verifico que na apuração do imposto, o autuante considerou os créditos fiscais constantes das notas fiscais de aquisições, exigiu o ICMS das mercadorias tributáveis constantes das notas fiscais com substituição tributária parcial sem comprovação do seu pagamento. Não consta a inclusão em seu levantamento de compras de materiais de uso/consumo, de mercadorias isentas, de aquisições de brindes; entradas de “mostruário”; lançamentos em duplicidade e compras não realizadas. O contribuinte não contestou os números.

Saliento que o sujeito passivo não provou nos autos de que as mercadorias objeto da autuação não são destinadas à comercialização.

Ressalto que conforme disposto no art. 123 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF/BA - Dec. 7.629/99) é assegurado ao sujeito passivo tributário o direito de fazer a impugnação do lançamento, na esfera administrativa, aduzida por escrito e acompanhada das provas que tiver inclusive documentos, levantamentos e demonstrativos referentes às suas alegações. Como nada foi apresentado para comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária, constituindo mera negativa de cometimento da infração, o que a luz dos artigos 142 e 143 do mencionado diploma legal, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infração subsistente.

Frise-se que para as duas infrações, pelo que consta dos levantamentos que fundamentaram a autuação, as datas de ocorrências correspondem às do último dia de cada mês apurado, com vencimentos no dia 09 de cada mês subsequente ao das ocorrências. (Art.124, I, “c” do RICMS/97).

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração”.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 308/315, suscitando a nulidade da infração 2, ao argumento de que a autuação não apresentou a demonstração analítica das compras sobre as quais a exigência recaiu, cobrando valores de forma genérica, a partir das diferenças entre compras totais e pagamentos totais, sem sequer demonstrar o cabimento do pedido sobre todas as notas, caracterizando tudo como compra para revenda e pela mesma alíquota.

No mérito, diz que está incorreta a apuração das vendas da infração 1, sendo correto o valor de R\$519.004,34. Afirma que as aquisições e receitas ajustadas, que englobam matriz e filiais, foram demonstradas pelo autuado, que apontou outro equívoco na autuação, relativo ao desconto em razão da quantidade de funcionários lançada a menor, pois os cálculos foram feitos englobando os dois estabelecimentos.

De acordo com a planilha que anexa ao Recurso Voluntário, sustenta que não existe débito a ser cobrado, tendo havido, na verdade, recolhimento a mais nos exercícios de 2006 e 2007.

Com relação à infração 2, diz que os demonstrativos que apresentou listam cada nota fiscal, apontando para aquelas incluídas no lançamento a situação que elide a acusação, a saber: aquisições com alíquota de 12%, substituição tributária parcial; operações de consignação; compras isentas; falta de compensação de créditos; aquisições de brindes; mostruário; lançamentos em duplicidade, inclusive com incorreção da nota fiscal; e compras não realizadas.

Diz que as isenções não foram enfrentadas pela JJF e transcreve o art. 24, do RICMS.

Afirma que acusação fiscal é genérica, protesta pela produção de novas provas e pugna, ao final, pelo provimento do apelo.

A PGE/PROFIS, no opinativo de fl. 469, salientou que o sujeito passivo, em seu Recurso Voluntário, apresentara diversos documentos e planilhas e alegara que o autuante não apresentou demonstração analítica das compras, cobrando valores de forma genérica, que as vendas do estabelecimento totalizam R\$519.004,34; se insurgira contra o desconto em razão da quantidade de funcionários; pedira análise dos demonstrativos de apuração conjunta da matriz e das filiais; e pedira a análise das notas fiscais gravadas com “DAE pago”, bem como das operações isentas.

Sugeriu, a PGE/PROFIS, a realização de diligência à ASTEC, para que fiscal estranho ao feito, à vista das planilhas de fls. 318/327, em confronto com os demonstrativos de fls. 08/24, exclua destes as notas fiscais que não possam ser objeto de exigência de imposto a título de antecipação parcial, a exemplo das que se refiram a mercadorias adquiridas para uso e consumo, com saída posterior isenta ou submetida ao regime de substituição tributária, notas fiscais computadas em duplicidade etc., elaborando novo demonstrativo, se necessário.

Submetido o presente PAF à análise desta 1^a CJF, deliberou-se pelo deferimento do pedido de diligência formulado pela PGE/PROFIS, para remeter os autos à ASTEC/CONSEF, onde deverão ser adotadas as seguintes providências:

1. Intimar o sujeito passivo a apresentar:
 - a) toda a documentação necessária à comprovação das alegações defensivas, consoante, aliás, se comprometeu a fazer no Recurso Voluntário, às fls. 310 e 314, no que concerne às duas infrações do presente lançamento de ofício; e
 - b) demonstrativo analítico das operações relativas à infração 2 que se referem a mercadorias isentas, sujeitas a substituição tributária, bens de uso e consumo, com redução de base de cálculo e computadas em duplicidade pelo autuante.
2. Verificar, em confronto com os documentos originais do sujeito passivo, se o demonstrativo analítico anteriormente referido está correto ou não, fazendo os ajustes que se mostrarem necessários, de modo a excluir da exigência do ICMS antecipação parcial as mercadorias isentas, sujeitas à substituição tributária, de bens de uso e consumo, com redução de base de cálculo e computadas em duplicidade pelo autuante.
3. No que concerne ao item 1, a ASTEC deveria verificar, à luz da documentação apresentada, se o cálculo feito pelo sujeito passivo à fl. 309 (item 3, do Recurso Voluntário) está correto e, portanto, se ainda remanesce imposto a ser exigido.
4. Concluída a diligência, o sujeito passivo deveria ser intimado para se manifestar, no prazo de dez (10) dias.

Em resposta à diligência determinada, a ASTEC elaborou o Parecer de fls. 478/480, aduzindo:

“Em relação à Infração 01

Ao comparar os valores apurados e recolhidos pelo recorrente, conforme planilhas às fls. 604 e 605, com os valores e diferenças apuradas pelo autuante, conforme planilhas às fls. 06 e 07, verifica-se que, na maioria dos meses, houve um cálculo e recolhimento a maior do ICMS pelo recorrente em relação aos cálculos e às diferenças apuradas pelo autuante em outros meses, ficando, assim, comprovado que os valores totais recolhidos pelo recorrente nos exercícios de 2006 e 2007 (até o mês 06), são superiores às diferenças apuradas pelo autuante.

E constata-se, também, que estas diferenças decorreram dos seguintes fatos:

a) O autuante considerou a receita bruta constante do Relatório TEF (fls. 006/007), como base para apurar o percentual a ser aplicado na apuração do ICMS, enquanto o recorrente considerou, corretamente, a Receita Ajustada da Matriz e Filiais (fls. 604/605);

b) O número de empregados considerados pelo autuante são inferiores aos efetivamente registrados pelo recorrente na matriz e filial, causando descontos menores em razão da quantidade de empregados registrados.

O percentual da dedução de 25%, decorrente do número de empregados foi apurado da seguinte forma:

1% (um por cento) por empregado, até o 5º (quinto)

2% (dois por cento) por empregado a partir do 6º (sexto), até o máximo de 15.

Deste modo, não remanesce ICMS a recolher da infração 01, tendo em vista que os valores calculados e recolhidos pelo recorrente, com o número correto dos empregados registrados na empresa estão corretos.

Em relação à Infração 02

No confronto dos dados das planilhas do autuante, às fls. 8 a 24, com as informações e justificativas do recorrente, nas planilhas às fls. 487/496, juntamente com as respectivas notas fiscais (506/603) e DAES apresentados na defesa às fls. 328 a 405, foram constatados os seguintes fatos:

a) A grande maioria das notas fiscais lançadas nas planilhas do autuante, já estava regularmente lançada e com o ICMS corretamente calculado nas listagens apresentadas pelo recorrente. São as notas fiscais que o recorrente indica na planilha como OK- NADA A PAGAR.

b) Outra grande parte das notas fiscais é referente a mercadorias isentas e constam na planilha do recorrente como ISENTAS – NADA A PAGAR.

c) Outras estão com os valores calculados menores que os valores apurados pelo autuante, decorrentes de parte das mercadorias destas notas fiscais constarem mercadorias com ICMS Substituição Tributária. São as notas fiscais que o recorrente informa na planilha como ICMS – SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL - NADA A PAGAR.

d) Constam também na relação do autuante, notas fiscais com mercadorias para USO e CONSUMO, REMESSA, CONSENTO, MOSTRUÁRIO, CONSIGNAÇÃO ETC., tudo como está justificado nas planilhas e notas fiscais apresentadas pelo recorrente.

e) Por fim, constam as notas fiscais que o recorrente informa na planilha que NÃO FORAM LOCALIZADAS NO SISTEMA DA EMPRESA, mas estas notas fiscais também não foram acostadas ao processo pelo autuante.

Deste modo, não remanesce valor a ser pago na infração 02.

DA CONCLUSÃO

Após análise das planilhas e documentos apresentados pelo recorrente, constata-se que, em relação à infração 01, o ICMS calculado e pago pelo recorrente, nos exercícios de 2006 e 2007 (até o mês 06), foi superior às diferenças apuradas pelo autuante, e as diferenças foram justificadas pelos equívocos nos cálculos do ICMS SIMBAHIA efetuados pelo autuante. Em relação à infração 02, do mesmo modo, após as devidas comprovações, não remanesce valor a ser pago.” (sic)

O contribuinte aquiesceu quanto ao resultado da diligência (fls. 613/614) e a PGE/PROFIS (fls. 620/621), propugnou pelo Provimento do Recurso Voluntário, com base no Parecer da ASTEC, contando com a chancela da procuradora assistente (fl. 622).

VOTO

Consoante se observa do relatório que antecede este voto, as questões que envolvem a presente lide administrativa são eminentemente fáticas e foram dirimidas pela ASTEC/CONSEF, no Parecer nº 228/2010, em resposta à diligência determinada por esta Câmara de Julgamento Fiscal.

Na oportunidade, atestou a diligente:

Quanto à **infração 1**, comparando os valores apurados e recolhidos pelo recorrente, conforme planilha de fls. 604/605, com os valores e diferenças apurados pelo autuante (fls. 06/07), verificou que, na maioria dos meses, houve um cálculo e recolhimento a maior do ICMS pelo recorrente em

relação aos cálculos e às diferenças apuradas pelo autuante em outros meses. Assim, ficou comprovado que os valores totais recolhidos pelo recorrente, nos exercícios de 2006 e 2007 (até o mês de junho), são superiores às diferenças apuradas pelo autuante.

As diferenças decorreram dos seguintes fatos:

- a) O autuante considerou a receita bruta constante do relatório TEF (fls. 06/07), como base para apurar o percentual a ser aplicado na apuração do ICMS, enquanto o recorrente considerou, corretamente, a receita bruta ajustada da matriz e das filiais (fls. 604/605);
- b) O número de empregados considerados pelo autuante são inferiores aos efetivamente registrados pelo recorrente na matriz e na filial, causando descontos menores em razão da quantidade de empregados registrados.

Com relação à **infração 2**, no confronto dos dados das planilhas do autuante (fls. 08/24), com as informações prestadas pelo recorrente (fls. 487/496), juntamente com as respectivas notas fiscais (fls. 506/603) e DAE's apresentados na defesa (fls. 328/405), foram constatados os seguintes fatos:

- a) A grande maioria das notas fiscais lançadas nas planilhas do autuante já estava regularmente lançada e com o ICMS corretamente calculado nas listagens apresentadas pelo recorrente;
- b) Outra grande parte das notas fiscais refere-se a mercadorias isentas;
- c) Outras estão com os valores calculados a menor do que os valores apurados pelo autuante, em virtude de parte das mercadorias objeto destas notas estar enquadrada na substituição tributária;
- d) Constam também na relação do autuante mercadorias para uso e consumo, remessa, conserto, mostruário, consignação etc;
- e) Por fim, constam às notas fiscais que não foram localizadas no sistema da empresa, mas estes documentos também não foram apresentados pelo autuante.

Nas circunstâncias, a diligência realizada pela ASTEC/CONSEF leva a uma única conclusão: ambas as infrações deste lançamento de ofício são improcedentes.

Ante o exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário, para reformar a Decisão de Primeira Instância e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299164.1103/09-5**, lavrado contra **AUGUSTO GUILHERME FREIRE DE BRITTO JÚNIOR (A PAULISTINHA)**.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **PROVER** o Recurso Voluntário apresentado para modificar a Decisão recorrida e julgar **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração nº **299164.1103/09-5**, lavrado contra **AUGUSTO GUILHERME FREIRE DE BRITTO JÚNIOR (A PAULISTINHA)**.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de setembro de 2011.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

ALINE SOLANO SOUZA CASALI BAHIA – REPR. DA PGE/PROFIS