

PROCESSO - A. I. N° 120457.0019/08-8
RECORRENTE - SEBASTIÃO SANTOS TOLENTINO (SUPERMERCADO TOLENTINO)
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF n° 0328-01/10
ORIGEM - INFRAZ GUANAMBI
INTERNET - 25/11/2011

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF N° 0321-11/11

EMENTA: ICMS. 1. LIVROS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração reconhecida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. **a)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Refeitos os cálculos com a exclusão de notas fiscais arroladas na autuação referentes a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, com previsão em convênio ou protocolo para retenção do imposto pelo remetente. Excluídas, também, as notas fiscais cujo imposto fora objeto de exigência mediante Auto de Infração anteriormente lavrado. Infração parcialmente subsistente. **b)** ANTECIPAÇÃO PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS DESTINADAS À COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. Autuado elide parcialmente a acusação fiscal ao apresentar elementos que comprovam o pagamento do imposto em momento anterior ao início da ação fiscal. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista à época da ocorrência dos fatos (art. 42, II, “f”, da Lei nº 7.014/96). 3. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. Alegação defensiva de inclusão no levantamento levado a efeito pelo autuante de notas fiscais de entrada em duplicidade não procede. Infração subsistente. 4. CONTA "CAIXA". SALDOS CREDORES. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A legislação autoriza a presunção de que o contribuinte efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, sempre que a escrita do estabelecimento apresentar saldos credores de Caixa, a não ser que o contribuinte prove a insubsistência da presunção. A apuração do imposto foi feita em consonância com a regra do art. 19 da Lei nº 7.357/98, com a redação dada pela Lei nº 8.534/02, que manda abater do valor apurado o crédito presumido de

8%, no caso de contribuinte do SimBahia. Diligência realizada pela ASTEC/CONSEF confirma a legitimidade dos empréstimos bancários contraídos pelo autuado. Refeitos os cálculos. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. Rejeitadas as argüições de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário interposto contra a Decisão da 1ª Junta de Julgamento Fiscal (Acórdão JJF nº 0328-01/10), que julgou Procedente em Parte a presente autuação, através da qual foram atribuídas ao sujeito passivo cinco infrações, quais sejam:

1. Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$30.000,00, não escriturou o livro Caixa, em 31/12/2006, sendo imposta multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de abril, junho a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$21.195,41, acrescido da multa de 50%;
3. 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, nos meses de março, maio, julho a dezembro de 2004, janeiro, abril a dezembro de 2005, janeiro a junho, setembro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$12.458,48, acrescido da multa de 50%;
4. Recolheu a menos o ICMS, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia), nos meses de fevereiro, abril, julho, setembro a dezembro de 2003, janeiro, agosto a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$26.044,03, acrescido da multa de 50%;
5. Falta de recolhimento do imposto constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, nos meses de fevereiro a dezembro de 2003, janeiro a outubro e dezembro de 2004, janeiro a setembro de 2005, julho, agosto, outubro a dezembro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 56.115,64, acrescido da multa de 70%.

A Junta de Julgamento Fiscal dirimiu a lide administrativa de acordo com os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Inicialmente, cabe-me consignar que o lançamento de ofício em lide foi realizado em conformidade com o Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99, especialmente o seu art. 39, estando claramente identificadas as infrações, o infrator, o montante da base de cálculo, o que permitiu o exercício pleno do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte. Noto que o impugnante teve conhecimento tempestivo da ação fiscal e das planilhas e demonstrativos elaborados pelo autuante. Inexistem vícios ou falhas que inquinem de nulidade o Auto de Infração, portanto, inocorrendo qualquer das hipóteses previstas no art. 18 do RPAF/99.

No que concerne à argüição de nulidade das infrações 02, 03, 04 e 05, pela falta de certeza e liquidez do crédito tributário, em decorrência de ilegitimidade passiva; duplicidade de exigência fiscal sobre mercadorias constantes das notas fiscais relacionadas nas infrações 02, 03, 04 e 05; duplicidade de exigência do ICMS sobre notas fiscais que já foram objeto de ação fiscal e que já tiveram o imposto pago, através do Auto de Infração nº 932114-74; exigência de ICMS sobre mercadorias relativas a notas fiscais canceladas e/ou devolvidas; exigência do ICMS sobre mercadorias que já tiveram o ICMS pago por antecipação e/ou substituição tributária;- inexistência de saldo credor de Caixa, isto porque, excluídas todas as duplicidades apontadas e a existência de obtenção de empréstimo bancários realizados, durante o período objeto da autuação, resta comprovada a inexistência da presunção fiscal relativa; observo que, à exceção da ilegitimidade passiva, as demais alegações dizem respeito ao mérito da autuação, conforme será apreciado mais adiante.

Com relação à ilegitimidade passiva, efetivamente, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, existindo convênio ou protocolo atribuindo a obrigação pela retenção do

imposto ao remetente, descreve a exigência de antecipação do imposto pelo destinatário, o que somente poderá ocorrer por responsabilidade supletiva, consoante estabelece o RICMS/BA.

Assim dispõe o art. 372, §3º, III do RICMS/BA:

Art. 372. Nas aquisições interestaduais efetuadas por contribuintes deste Estado, havendo convênio ou protocolo que preveja a substituição tributária entre a Bahia e a unidade federada de procedência das mercadorias, relativamente à espécie de mercadorias adquiridas:

(...)

§ 3º Nas operações interestaduais com mercadorias sujeitas a substituição tributária por força de convênio ou protocolo, a responsabilidade atribuída ao sujeito passivo por substituição não exclui a responsabilidade supletiva do contribuinte substituído, observado o seguinte:

(...)

III - sempre que, esgotadas todas as possibilidades de exigência do imposto do sujeito passivo por substituição, essa cobrança se tornar impossível, adotar-se-ão as providências previstas no § 1º do art. 125.

Já o art. 125, § 1º, do mesmo diploma regulamentar acima referido estabelece:

“Art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

(...)

§ 1º Nas aquisições, de outra unidade da Federação, de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação em virtude de convênio ou protocolo, não tendo sido feita a retenção do imposto pelo remetente e não sendo possível, por qualquer motivo, a sua cobrança do sujeito passivo por substituição na forma do item 1 da alínea “i” do inciso II, poderá ser emitida Notificação Fiscal em nome do destinatário, no sentido de efetuar o recolhimento espontâneo do imposto, na forma, prazo e condições estabelecidas no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, sendo que:

I - só deverá ser adotado este procedimento após esgotadas todas as possibilidades de exigência do tributo do responsável por substituição, circunstância esta que deverá ser declarada ou demonstrada formalmente:

a) pela Procuradoria da Fazenda, no processo originário, quando se tratar de matéria afeta ao Poder Judiciário;

b) pelo Auditor Fiscal, nos demais casos;

II - a atribuição da responsabilidade supletiva ao contribuinte substituído, de que cuida este parágrafo, implica a desistência, por parte da fazenda pública estadual, da cobrança do imposto do sujeito passivo por substituição;

III - iniciado o procedimento fiscal, o Auditor Fiscal anexará o processo originário à Notificação Fiscal, a menos que o mesmo tenha sido incorporado fisicamente ao processo judicial ou requisitado por autoridade do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo.”

Portanto, a exigência de antecipação do imposto na forma exigida nesta infração, somente pode prevalecer sobre mercadorias não previstas por convênio ou protocolo, significando dizer que, caso todas as aquisições interestaduais referentes às notas fiscais arroladas na autuação fossem originárias de Estados signatários de convênio ou protocolo, caberia a decretação de nulidade da infração.

Ocorre que, apenas parte da exigência fiscal diz respeito à mercadorias regidas por convênio ou protocolo, sendo as demais enquadradas no regime de substituição tributária interna, inexistindo convênio ou protocolo atribuindo ao remetente a responsabilidade pela retenção e recolhimento do imposto. Neste caso – ausência de convênio ou protocolo -, a responsabilidade pela antecipação tributária do ICMS é do destinatário, conforme exigido neste item da autuação.

Em razão disto, esta 1ª JJF converteu o processo em diligência à INFRAZ/GUANAMBI, a fim de que fossem excluídas as notas fiscais cujas mercadorias estivessem sujeitas à retenção do imposto por força de convênio ou protocolo, o que foi feito pelo autuante, conforme planilha acostada aos autos às fls. 3887 a 3895.

Diante do exposto, não acolho as argüições de nulidades suscitadas pelo impugnante.

No mérito, verifico que o impugnante reconheceu o cometimento da infração 01, inclusive, dizendo que estará efetuando o pagamento do valor exigido, inexistindo, no caso, lide a ser apreciada. Infração mantida.

No que concerne à infração 02, conforme dito acima, a exigência fiscal somente pode recair sobre mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária que não sejam regidas por convênio ou protocolo, razão pela qual esta 1ª JJF, converteu o processo em diligência, a fim de que fossem excluídas as notas fiscais cujas mercadorias estivessem sujeitas à retenção do imposto por força de convênio ou protocolo, o que foi feito pelo autuante, conforme planilha acostada aos autos às fls. 3887 a 3895.

Porém, verifico que na referida planilha o autuante manteve a exigência do imposto referente às aquisições interestaduais de açúcar quando deveria ter excluído, haja vista a existência do Protocolo nº 21/91, cuja adesão pelo Estado da Bahia se deu através do Protocolo nº. 34/91, prevendo a obrigação de retenção e recolhimento do imposto por parte do remetente, sendo incabível, portanto, a exigência do destinatário, conforme exigido neste item da autuação.

Diante disto, cabe a exclusão dos valores referentes aos meses de abril e maio de 2004, abril e maio de 2005 e abril de 2006, respectivamente, R\$ 75,04; R\$ 180,90; R\$ 101,84; R\$ 176,88 e R\$ 80,87, totalizando o valor de R\$ 615,53.

Já com relação aos “produtos de aves”, observo que o autuante excluiu indevidamente o valor de R\$ 191,41, conforme planilha à fl. 3886, haja vista que inexiste convênio ou protocolo prevendo a obrigação de retenção e recolhimento por parte do remetente. Ou seja, a exigência de antecipação do imposto, efetivamente, é do destinatário, conforme este item da autuação.

Diante disto, cabe a manutenção dos valores referentes aos meses de fevereiro, abril e junho de 2006, respectivamente, R\$ 3,79; R\$ 8,14; R\$ 179,48, totalizando o valor de R\$ 191,41.

Observo, ainda, que a alegação defensiva de existência de duplicidade de exigência em decorrência de cômputo das mesmas notas fiscais nas infrações 02 03, 04 e 05, restou esclarecida pelo autuante, haja vista que, efetivamente, a indicação da mesma nota fiscal na planilha decorre do fato de constar no referido documento fiscal formas de tributação diversas, inexistindo a aventureira duplicidade.

Porém, quanto à exigência referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994, que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74 constato que assiste razão ao impugnante quanto a duplicidade da exigência, tendo o próprio autuante acatado o argumento defensivo e solicitado a exclusão do valor de R\$ 4.263,58, relativo à mercadorias sujeita ao regime de substituição tributária.

No que concerne ao argumento defensivo de existência de notas fiscais canceladas e devolvidas que foram arroladas no levantamento, observo que o impugnante não comprovou a sua alegação, mesmo tendo oportunidade quando da realização de diligência solicitada por esta 1ª JJF, nesse sentido.

Com referência à alegação defensiva de inobservância pelo autuante dos pagamentos efetuados através de documentos de arrecadação, constato assistir razão ao autuante, haja vista que este considerou os pagamentos efetivamente realizados, conforme consta na planilha, não tendo computado apenas os alegados pagamentos não comprovados ou relacionados à autuação.

Cumpre registrar que, apesar de o autuante ter acatado o argumento defensivo referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994 - que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74 - não excluiu o valor de R\$ 4.263,58 na planilha que elaborou, conforme deveria ter feito, tendo solicitado a este órgão julgador que fizesse a exclusão.

Observo que a exclusão do valor de R\$ 4.263,58, diz respeito ao mês de abril de 2005 no valor de R\$ 1.428,66, e ao mês de maio de 2006, no valor de R\$ 2.834,92.

Diante do exposto, após os ajustes efetuados pelo autuante, com a exclusão das notas fiscais referentes às mercadorias regidas por convênio ou protocolo, conforme demonstrativo de fls. 3887 a 3896; as correções que faço relativas à exclusão do valor de R\$ 615,53 referente às aquisições interestaduais de açúcar; manutenção do valor de R\$ 191,41 referente às aquisições de “produtos de aves”; e exclusão valor de R\$ 4.263,58 referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994 - que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74, considero esta infração parcialmente subsistente no valor de R\$ 12.269,74 (...).

No que concerne à infração 03, noto que a alegação defensiva de duplicidade de exigência referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994, que foram objeto do Auto de Infração nº 932114-74 também foi acatada pelo autuante, a exemplo do que foi feito na infração 02, tendo este solicitado que este órgão julgador fizesse a exclusão do valor de R\$ 266,50, relativo às mercadorias sujeitas à antecipação parcial.

Com relação ao argumento defensivo de existência de notas fiscais canceladas e devolvidas que foram arroladas no levantamento, vale aqui reiterar o que foi dito na infração 02, ou seja, o impugnante não comprovou a sua alegação, mesmo tendo oportunidade quando da realização de diligência solicitada por esta 1ª JJF, nesse sentido.

Com referência à alegação defensiva de inobservância pelo autuante dos pagamentos efetuados através de documentos de arrecadação, constato assistir razão ao autuante, haja vista que este considerou os pagamentos efetivamente realizados, conforme consta na planilha, não tendo computado apenas os alegados pagamentos não comprovados ou relacionados à autuação.

Consigno que, a exemplo do que foi feito na infração 02, apesar de o autuante ter acatado o argumento defensivo referente às Notas Fiscais nºs 4987, 4991, 3088 e 4994 - que foram objeto do Auto de Infração nº. 932114-74 - não excluiu o valor de R\$ 266,50 na planilha que elaborou, conforme deveria ter feito, tendo solicitado a este órgão julgador que fizesse a exclusão.

Observo que os valores excluídos dizem respeito aos meses de abril e maio de 2005, respectivamente, R\$ 64,73, e R\$ 201,77, totalizando R\$ 266,50.

Cabe-me registrar que, assiste razão ao autuante quando sustenta que o papel higiênico está sujeito à antecipação parcial, motivo pelo qual descabe a exclusão do valor de R\$ 58,05, relativo ao mês de junho de 2005.

Diante do exposto, com a exclusão do valor de R\$ 266,50 que faço neste momento, considero esta infração parcialmente subsistente no valor de R\$ 12.191,98 (...).

Porém, no que diz respeito à multa de 50% indicada no Auto de Infração, prevista no art. 42, I, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, verifico que está equivocada, haja vista que essa penalidade era aplicável apenas às hipóteses da falta de pagamento do ICMS devido por antecipação tributária propriamente dita. Ou seja, para a falta de pagamento de ICMS devido por antecipação “parcial”, a multa correta à época da ocorrência dos fatos geradores, era a prevista na alínea “f” do inciso II do artigo 42 da citada Lei.

Diante do exposto, retifico a multa indicada na infração 03, no percentual de 50%, para 60%, uma vez que esta era a pena prevista na lei para a irregularidade apontada nesta infração.

Quanto à infração 04, verifico que diz respeito à exigência de ICMS em razão de recolhimento a menos do imposto na condição de SimBahia. Vejo que não procede a alegação defensiva de que as notas fiscais arroladas nas infrações 02, 03 e 05 devem ser excluídas desta infração 04, haja vista que o levantamento levado a efeito autuante foi baseado nas notas fiscais de saídas e não de entradas. Flagrante o equívoco do impugnante quanto a esta alegação. Infração mantida.

No respeitante à infração 05, observo que a omissão de saídas de mercadorias apontada nesta infração, decorre da presunção de que ocorreram saídas anteriores sem pagamento do imposto, em função da constatação de existência de saldo credor, estando prevista no artigo 2º, §3º, V do RICMS/97, regra emanada do §4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96, que dispõe:

“Art. 4º. (...)

(...)

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.”

Sob o aspecto contábil, o Caixa deve normalmente ter saldo devedor. A apresentação de saldo credor surge como uma disfunção, restando evidente que a empresa efetuou pagamentos com Recursos não contabilizados.

Nessa situação, a legislação do ICMS presume que tais Recursos são decorrentes de operações de comercialização (vendas) anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte a prova da improcedência da presunção, conforme determina o artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, acima transscrito.

Portanto, cabe ao sujeito passivo da relação tributária, querendo, apresentar todos os elementos de provas hábeis, no intuito de elidir a acusação fiscal.

Vale registrar que é irrelevante a condição do contribuinte, ou seja, se é optante pelo Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia, ou se inscrito na condição de normal, nos casos das presunções previstas no artigo 4º, §4º, da Lei nº 7.014/96, como a de que cuida o Auto de Infração em exame.

Observo que a omissão de saídas apurada através de saldo credor de caixa, enquadra-se no artigo 408-L, do RICMS/97, que estabelece que perderá o direito a adoção do tratamento tributário previsto no regime simplificado de apuração do ICMS (Simbahia) a empresa que incorrer na prática de infrações de que tratam o inciso IV e a alínea “c” do inciso V do art. 915.

Assim sendo, como a infração apontada no Auto de Infração em lide, enquadra-se no dispositivo regulamentar acima referido, o imposto foi apurado com base nos critérios adotados pelo regime normal de apuração, obedecendo, entretanto, as condições estabelecidas através da Lei nº 8.534/02, de 13/12/02, que alterou o art. 19 da Lei nº 7.357/98. Ou seja, o imposto foi exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos, e os créditos fiscais apurados utilizando-se o percentual de 8% sobre o valor das saídas computadas na apuração do débito do imposto, em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, em conformidade com os §§ 1º e 2º do artigo 19 da Lei nº 7.357/98.

Noto que o autuante concedeu o crédito de 8%, na forma acima referida.

Conforme dito acima, a acusação fiscal está fundamentada numa presunção legal, sendo que esta presunção decorre da existência de saldo credor de Caixa, tendo o contribuinte apresentado elementos de provas hábeis que elidiram parcialmente a presunção no caso, documentos referentes aos empréstimos bancários.

Assim é que, a diligência solicitada por esta Junta de Julgamento Fiscal, à Assessoria Técnica do CONSEF/ASTEC/CONSEF, a fim de que Auditor Fiscal estranho ao feito verificasse a legitimidade dos documentos acostados pelo impugnante referente aos empréstimos bancários, trouxe como resultado, refletido no Parecer ASTEC N°00100/2010, a comprovação de que os documentos relativos aos empréstimos bancários legitimam a obtenção de Recursos no caixa no exercício de 2006.

Diante do exposto, considerando que restou comprovada a existência de saldos credores nos períodos indicados na autuação, porém, com as correções acima referidas, considero parcialmente subsistente esta infração, passando o valor do ICMS originalmente exigido de R\$ 56.115,64, para o valor de R\$ 53.447,41, conforme demonstrativo de débito elaborado pelo diligente à fl. 3925.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.".

Inconformado, o sujeito passivo interpôs o Recurso Voluntário de fls. 4.028/4.033, alegando que:

- I. Não tem previsão legal a utilização simultânea de dois regimes de apuração do ICMS, como fez o autuante, exigindo ICMS em função da receita bruta, pelo regime do SIMBAHIA, e em razão de suposta receita obtida com venda de mercadorias pelo regime normal, tudo dentro do mesmo período fiscalizados (2003 a 2006). Transcreve julgados deste Conselho que entende respaldar a sua tese.
- II. As notas fiscais obtidas junto aos sistemas CFAMT e SINTEGRA não foram anexadas ao PAF pelo autuante, o que enseja a nulidade da autuação, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do art. 5º, LV, da Constituição Federal, e 18, IV, do RPAF. Discorre sobre a importância da prova documental.

Pugna, nestes termos, pelo Provimento do apelo ofertado, para declarar a nulidade do Auto de Infração.

A PGE/PROFIS, no Parecer de fls. 4.039, opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, por entender que, no que concerne à infração 5, a apuração do imposto deve ser feita pelo regime normal de tributação, considerando que a omissão de saídas por presunção decorrente de saldo credor da conta caixa é infração grave, nos termos do art. 915, IV e V, c/c o art. 408-L, do RICMS. Afirma que as provas do saldo credor foram trazidas pelo autuante e sobre elas não se manifestou o autuado, restringindo-se a alegar que contraiu empréstimos, o que foi analisado pela ASTEC, através do Parecer nº 0100/2010, fl. 3.922 e seguintes.

Aduz, por fim, que as notas fiscais obtidas junto ao CFAMT são consideradas suficientes para a comprovação da operação comercial indicada, "havendo prova da internalização das mercadorias na Bahia".

VOTO

Não merece acolhimento a preliminar de nulidade do processo por violação ao contraditório e à ampla defesa, pois, ao revés do quanto sustenta o recorrente, constam dos autos, às fl. 301 e seguintes, todas as notas fiscais que foram coletadas pelo preposto fiscal junto ao sistema CFAMT.

Com relação ao SINTEGRA, vale registrar que se trata de sistema informatizado que é preenchido diretamente pelo sujeito passivo, de acordo com os documentos fiscais e contábeis que ficam em seu poder, devendo espelhar fielmente as suas escriturações, consoante se dessume da Cláusula Quinta do Convênio ICMS 57/95:

"Cláusula quinta. O contribuinte de que trata a cláusula primeira estará obrigado a manter, pelo prazo previsto na legislação da unidade federada a que estiver vinculado, as informações atinentes ao registro fiscal dos documentos recebidos ou emitidos por qualquer meio, referentes à totalidade das operações de entrada e de saída e das aquisições e prestações realizadas no exercício de apuração:

I - por totais de documento fiscal e por item de mercadoria (classificação fiscal), quando se tratar de:

- a) Nota Fiscal, modelos 1 e 1-A;
- b) Nota Fiscal Eletrônica, modelo 55;
- c) a critério de cada unidade da Federação, a Nota Fiscal do Produtor, modelo 4, e o cupom fiscal;

II - por totais de documento fiscal, quando se tratar de:

- a) Nota Fiscal/Conta de Energia Elétrica, modelo 6;
- b) Nota Fiscal de Serviços de Transporte, modelo 7;
- c) Conhecimento de Transporte Rodoviário de Cargas, modelo 8;
- d) Conhecimento de Transporte Aquaviário de Cargas, modelo 9;
- e) Conhecimento Aéreo, modelo 10;
- f) Conhecimento de Transporte Ferroviário de Cargas, modelo 11;
- g) Nota Fiscal de Serviço de Comunicação, modelo 21;
- h) Nota Fiscal de Serviço de Telecomunicações, modelo 22;
- i) Nota Fiscal de Serviço de Transporte Ferroviário, modelo 27;
- j) Conhecimento de Transporte Eletrônico, modelo 57;

III - por total diário, por equipamento, quando se tratar de Cupom Fiscal ECF, PDV e de Máquina Registradora, nas saídas.

IV - por total diário, por espécie de documento fiscal, nos demais casos.

§ 1º O disposto nesta cláusula também se aplica aos documentos fiscais nela mencionados, ainda que não emitidos por sistema eletrônico de processamento de dados.

§ 2º O contribuinte do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI deverá manter arquivadas, em meio magnético, as informações a nível de item (classificação fiscal), conforme dispuser a legislação específica deste imposto.

§ 3º Fica facultado às unidades da Federação estender o arquivamento das informações em meio magnético a nível de item (classificação fiscal) para o Cupom Fiscal emitido por ECF, dados do Livro Registro de Inventário ou outros documentos fiscais;

§ 4º O registro fiscal por item de mercadoria de que trata o inciso I fica dispensado quando o estabelecimento utilizar sistema eletrônico de processamento de dados somente para a escrituração de livro fiscal.

§ 5º O contribuinte deverá fornecer, nos casos estabelecidos neste convênio, arquivo digital atendendo às especificações técnicas descritas no Manual de Orientação de que trata a cláusula décima oitava vigentes na data da entrega do arquivo".

O §4º, do art. 708-B, do RICMS, também estabelece que o arquivo magnético do SINTEGRA deve conter "todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte":

"§ 4º O arquivo magnético deverá ser entregue via Internet, devidamente criptografado e validado eletronicamente por programa disponibilizado pela Secretaria da Fazenda, com todos os registros correspondentes às operações desenvolvidas pelo contribuinte, inclusive os dados referentes a itens de mercadoria, quando for o caso".

Logo, qualquer equívoco existente nos arquivos do SINTEGRA é atribuível exclusivamente ao contribuinte, a ele cabendo, via de consequência, demonstrar onde reside o suposto equívoco, apresentando a documentação respectiva. Assim, revela-se impertinente a alegação de cerceamento ao direito de defesa por "falta de apresentação das notas do SINTEGRA", pois, como visto, tratam-se de documentos relativos à escrituração do próprio contribuinte, sobre ele recaindo o ônus de promover a sua apresentação, sobretudo diante da norma contida no art. 147, I, "b", do RPAF vigente:

"Art. 147. Deverá ser indeferido o pedido:

I - de diligência, quando:

(...)

b) for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos;".

Vale, ainda, registrar que se encontram nos autos, além das notas fiscais, listagem completa de todos os documentos que foram colhidos no CFAMT e obtidos através do SINTEGRA, com data da emissão, número da nota fiscal, Unidade Federada, CNPJ do Cliente, valor e produto (fls. 24/44, 59/116 e 154/298). Logo, fica evidente que ao sujeito passivo foram concedidos todos os elementos necessários ao exercício pleno do direito de defesa, contudo, ele deixou de impugnar especificamente a autuação, fazendo alegações genéricas que não se prestam a desconstituir o crédito tributária.

No mérito, a única alegação deduzida pelo sujeito passivo refere-se à infração 05 desta autuação, que visa à exigência de ICMS por presunção de omissão de saídas anteriores, em virtude da

constatação de saldo credor de Caixa. Aduz o Recorrente, basicamente, que é indevida a utilização dos critérios normais de tributação para cálculo do ICMS devido neste item.

Tal alegação, contudo, vai de encontro às normas contidas nos arts. 408-L, 408-P e 408-S, do RICMS, vigentes à época dos fatos geradores e que tratavam do Regime Simplificado de Tributação SimBahia:

"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. 408-P. O contribuinte de que tratam os incisos II, III, IV, V e VI do artigo 408-L ficará sujeito ao pagamento do imposto que seria devido sem o tratamento tributário do Regime Simplificado de Apuração do ICMS (SimBahia)."

"Art. 408-S. Quando se constatar qualquer das situações previstas nos arts. 408-L, 408-M, 408-P e 408-R, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos que derem causa ao desenquadramento.

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

Assim, como a conduta atribuída ao sujeito passivo é de natureza grave (art. 915, III, do RICMS), está correta a apuração do imposto pelo regime normal de tributação, com imposição de multa de 70%:

"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;".

Ante o exposto, voto pela rejeição da preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE EM PARTE o Auto de Infração nº 120457.0019/08-8, lavrado contra SEBASTIÃO SANTOS TOLENTINO (SUPERMERCADO TOLENTINO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$103.953,16, acrescido das multas de 50% sobre R\$38.313,77, 60% sobre R\$12.191,98 e 70% sobre R\$53.447,41, previstas, respectivamente, no artigo 42, incisos I, "b", item 1 e 3, II, "f" e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$460,00, prevista no art. 42, inciso XV, alínea "T" do mesmo Diploma legal, com os acréscimos moratórios na forma da Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 20 de outubro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

FABIO DE ANDRADE MOURA – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS.