

**A. I. Nº** - 2330140131/09-6  
**AUTUADO** - S R DOS SANTOS - MERCADINHO  
**AUTUANTES** - WILSON APARECIDO OLIVEIRA BASTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITABERABA  
**INTERNET** - 21.03.2011

## **2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

### **ACÓRDÃO JJF Nº 0030-02/11**

**EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO FISCAIS. DME. OMISSÕES DE INFORMAÇÕES.** Multa de 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício. Excluídas as notas fiscais do SINTEGRA, não entregue ao contribuinte. Infração parcialmente mantida. **2. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS.** Excluídas as notas fiscais do SINTEGRA não apresentadas pelo autuante. Infração parcialmente mantida. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO A MENOS DO IMPOSTO.** Infração mantida, não impugnada. **4. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO NOS PRAZOS REGULAMENTARES.** Infração mantida, não impugnada. **5. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO.** Infração mantida, não impugnada. Não acolhidas as arguições de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

## **RELATÓRIO**

O presente Auto de Infração, lavrado em 16/06/2009, atribui ao autuado as seguintes infrações:

Infração 1 – omitiu entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME. Multa no valor de R\$ 30.312,14;

Infração 2 – omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de saldo credor de caixa. ICMS no valor de R\$ 34.839,94, multa de 60%;

Infração 3 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades federativas ou do exterior, relacionadas nos anexos 88 e 89. ICMS no valor de R\$632,60, multa de 60%;

Infração 4 – deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares na condição de EPP enquadrada no Regime Simplificado (SimBahia). ICMS no valor de R\$ 2.534,77, multa de 50%;

Infração 05 – efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de microempresa, empresa de pequeno porte ou ambulante, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. ICMS no valor de R\$ 11,37, multa de 50%;

O autuado, às fls. 265 a 282, apresenta sua defesa, arguindo, inicialmente, a nulidade das infrações 01 e 02, em razão de vícios insanáveis.

Consigna que, no que se refere à suposta infração de nº 01, o nobre autuante afirma que o autuante não apresenta qualquer cópia de nota fiscal de entrada de mercadorias para comprovar a materialidade da imputação, incorrendo no cerceamento de defesa.

Ainda em relação à infração de nº 01, entende que incorreu em mero descumprimento de obrigação acessória pelo fato de deixar de oferecer à tributação através da DME, parte das mercadorias adquiridas, isto se deu pelo fato de que muitas mercadorias terem sido adquiridas com o ICMS pago por substituição tributária.

Argumenta que, assim, as mercadorias já tiveram o imposto pago por substituição tributária na origem pelo remetente, não poderia a autuada informar novamente na DME porque isso implicaria pagar novamente o referido imposto, vez que incorreria em bitributação, instituto repudiado pela Carta Magna.

Logo, se assim procedesse incorreria na imputação de saldo credor de caixa, posto que as receitas relativas a tais mercadorias não podem ser informadas na DME em face da Instrução Normativa 56/07.

Já em relação à infração de nº 02, aduz que embora a lei autorize o autuante presumir que houve omissão de saída diante do saldo credor de caixa, esta presunção é relativa, cabendo ao contribuinte provar que não houve omissão de receita tributável.

Afirma que provará até a audiência de julgamento que a omissão de receita apurada pelo autuante não decorreu de vendas de mercadorias tributáveis, mas sim, de diversos recursos financeiros obtidos em instituições bancárias, conforme será demonstrado durante o PAF.

Em face do exposto, requer sejam julgadas nulas as infrações 01 e 02, ou, se assim não entender este Egrégio Órgão Julgador, requer seja julgada improcedentes, pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

No que se refere à infração 02, afirma que o autuante não procedeu a uma análise mais depurada da verdade material, posto que norteia e distorce a conta caixa da empresa, ensejando falsas presunções. Afirma que os documentos que diz a serem acostados elidirão a presunção do eminente Autuante, posto que comprovarão que a receita obtida pelo contribuinte não se originou exclusivamente da venda de mercadorias, mas, também, de empréstimos pessoais obtidos junto a instituições financeiras.

Ressalta a necessidade do autuado indicar as causas que estão motivando a exigência do tributo, as particularidades das provas indiciárias, com suas regras de experiência e outras especialidades que conduzem o raciocínio lógico, para a presunção da verdade, exigem uma explicitação expressa dos seus motivos, para permitirem um adequado direito de defesa, sob pena de invalidação do lançamento tributário.

Entende que tal constatação, pura e simples, contudo, não autoriza a presunção de omissão de saída. Isto porque, até então não há prova de omissão de qualquer saída. Assim, se o pagamento de respectiva Nota Fiscal estiver registrado na contabilidade, não há omissão de receita real ou presumida. Caso o pagamento da respectiva Nota Fiscal não tenha sido contabilizado, aí sim, a lei autoriza a “presunção de omissão de receita”.

Argumenta que a receita obtida pelo contribuinte não se originou exclusivamente da venda de mercadorias, mas, também, de empréstimos obtidos, dentre outras fontes de receita. Se os referidos documentos não estavam escriturados nos livros do contribuinte, que se lavre a devida multa por descumprimento de obrigação acessória. O que não pode ocorrer, segundo o autuado, é fechar os olhos para as provas materiais trazidas aos autos pelo contribuinte, embora quem devesse provar fosse o Fisco.

Apresenta Acórdãos desse CONSEF, CJF Nº 0007/99, CJF Nº 0908/01, CJF Nº 2214-11/01, CJF Nº 0007/99, CJF Nº 0908/01, Nº2214-11/01, CS Nº 0177-21/02, objetivando embasar seus argumentos.

Assegura que as imputações de nº 01 e 02 fundamentam-se na omissão de receita em face do autuado não ter apresentado notas fiscais de compra de mercadorias que tiveram o imposto pago por substituição tributária. Fato é que, se a autuada tivesse informado tais compras na DME, por certo, apresentariam distorções na sua conta Caixa, como, aliás, presumiu o autuante na infração nº 02. Isto porque, é pacífico o entendimento do Egrégio Conselho Fazendário que as saídas de mercadorias que já tiveram o imposto pago por substituição tributária não podem ser objeto de nova tributação, razão porque sua receita não foi declarada na DME.

Considera que, apesar dos equívocos cometidos pelo nobre autuante na lavratura do auto de infração em comento, o fato é que exige imposto referente às mercadorias já submetidas à tributação, vale dizer, o nobre autuante exige ICMS sobre receita já tributada pelo regime da substituição tributária, caracterizando, desse modo, a bitributação.

Apresenta posicionamento adotado pela PROFAZ, que, segundo argumenta, através de parecer da ASTEC, em anexo (doc.03), opina favoravelmente aos contribuintes baianos, que adquiriram mercadorias isentas, com o ICMS pago por antecipação ou por substituição tributária.

Traz Acórdãos do CONSEF para demonstrar que a substituição tributária encerra a fase de tributação.

Alega estar sobre a proteção do Regime SimBahia, instituto previsto pela Carta Constitucional, o qual tem o sentido de beneficiar o pequeno empresário e não prejudicá-lo, exigir impostos já pagos em sede de substituição ou antecipação tributária, via auto de infração, é destoar a finalidade do instituto do SIMBAHIA, visto que tal exação exige um imposto já pago pelo sistema de substituição tributária, caracterizando a bitributação, constituindo-se em um verdadeiro confisco ao patrimônio do contribuinte.

Requer a nulidade das infrações de nº 01 e 02, e se assim não entender, no MÉRITO, decida pela improcedência de tais infrações.

O autuante, às fls. 291 a 292, apresenta a informação fiscal, afirmando que, em relação à infração 01, a presunção legal *juris tantum* inverte o ônus da prova. Neste caso, a autoridade lançadora fica dispensada de provar que a entrada das mercadorias no estabelecimento relacionadas no demonstrativo, notas fiscais de entrada / SINTEGRA exercícios 2004, 2006 e 2007 efetivamente ocorreram (fato indiciário), cabendo a autuada provar que o fato presumido não existiu na situação concreta com base nas informações prestadas pelos fornecedores (arquivo SINTEGRA) dando conta da realização de compras efetuadas por parte da mesma nos exercícios 2004, 2006 e 2007 e o próprio autuado admite em sua defesa que incorreu no descumprimento da obrigação acessória.

Quanto à infração 02 afirma que a apuração da conta Caixa nos exercícios 2004, 2005, 2006 e 2007 foi feita com base nas informações prestadas pelo autuado através do seu livro Caixa, após verificação de todos os documentos que deram origem aos lançamentos feitos a débitos e a créditos pelo mesmo, sendo acrescentados os documentos fiscais que não foram lançados pelo autuado. Diz que não constatou no livro caixa do autuado nos exercício de 2004, 2005, 2006, e 2007, lançamentos de documentos referentes à operações de empréstimos pessoais obtidos junto a instituições financeiras, como afirma o autuado na sua defesa de forma genérica e sem comprovação. Não procede a afirmativa do autuado que houve BITRIBUTAÇÃO em relação à infração 02- 05.03.02 omissão de saídas de mercadorias, pois, utilizou-se para base de cálculo do imposto a IN 56/2007 conforme demonstrativos em anexos.

Com base no exposto, mantém as infrações.

A 2ª JJF solicita diligência a Infaz de origem, às fls. 301, para que fossem anexadas aos autos as notas fiscais colhidas no SINTEGRA, quanto à infração 01, e exclua as que não forem encontradas e entregues ao autuado.

A solicitação de diligência foi respondida às fls. 304 e 305 dos autos, afirmando o diligente em relação à infração 01 sem nenhuma perspectiva de desobediência ou preguiça e considerando que a atividade fiscal não tem natureza puramente mecânica ou autômata, pede o autuante esclarecimentos ao ilustríssimo julgador a respeito do procedimento que se está trilhando.

Argumenta que a legislação processual prevê que o ônus da prova cabe a quem alega. O fisco juntou documentos do SINTEGRA. Se o contribuinte os impugna, cabe a ele o ônus de provar a suposta não veracidade destes documentos, conforme art. 143 e 147 do RPAF/BA.

Assim, não atende a diligência e mantém as infrações.

Diante da resposta a diligência a 2ª JJF solicita nova diligência para ser excluída da exigência 01 e 02, as notas fiscais do SINTEGRA, sendo atendido, às fls. 308 a 309, cabendo os novos valores ajustados conforme consta a fl. 309 dos autos. O total da infração 01 ficou em R\$ 472,87 e a infração 02 R\$ 3.575,71.

O autuado, às fls. 322 a 325, volta a se manifestar para acatar os termos da diligência e reforçar a sua condição de SimBahia, bem como a não dedução das mercadorias com imposto pago.

## VOTO

O presente lançamento de ofício foi lavrado para exigir do sujeito passivo 05 infrações, relativas a obrigações principais e acessórias.

Quanto às arguições de nulidades alinhadas pelo autuado, foram afastadas na medida em que as notas fiscais, identificadas no SINTEGRA, que não lhe foram entregues, foram excluídas através de diligência, cabendo a redução das infrações 01 e 02, cujos termos da diligência foram acatados pelo autuado.

Na infração 01 foi imputada multa por falta de registro das notas fiscais na DME e com as exclusões das notas do SINTEGRA que não foram entregues ao autuado, a infração passou a exigir a multa no valor de R\$472,87, cabendo a manutenção parcial dessa infração. A sua condição de SimBahia não o exime de registrar as notas fiscais de entradas na DME.

No que diz respeito à infração 02 é resultante da presunção relativa de omissão de saída prevista no art. 4º, §4º da Lei 7014/96, com as exclusões das notas do SINTEGRA que, também, não foram entregues ao autuado, a infração passou a exigir o ICMS no valor de R\$3.575,72, cabendo a sua manutenção parcial, inclusive com a concessão do crédito de 8% e cálculo da proporcionalidade, conforme consta do demonstrativo de débito às fls. 315, em que são indicados os valores devidos no exercício de 2004, 2005, 2006 e 2007.

Quanto às demais infrações 03, 04 e 05 o autuado não se manifesta. Assim, considerando que as aludidas infrações foram imputadas em consonância com a Legislação Tributária deste Estado, resta julgá-las procedentes.

Voto pela procedência parcial do presente Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **2330140131/09-6**, lavrado contra **S R DOS SANTOS - MERCADINHO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$6.754,44**, acrescido das multas de 60% sobre R\$632,60 e 50% sobre R\$2.546,14, previstas no art. 42, I, alínea “b” item 1 e incisos II, alínea “b” e inciso III da Lei 7014/96 e 70% sobre R\$3.575,70, e dos acréscimos legais além do da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$472,87**, previstas no art. 42, incisos XII-A, da mesma lei, e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Esta Junta 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 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 25 de fevereiro de 2011.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ÂNGELO MARIO DE ARAUJO PITOMBO - RELATOR