

A. I. Nº - 206987.0323/10-3
AUTUADO - ANTÔNIO MESSIAS SILVA SANTOS
AUTUANTE - BOAVENTURA MASCARENHAS LIMA
ORIGEM - INFAZ ITABERABA
INTERNET - 12.05.2011

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJJ Nº 0104-04/11

EMENTA: ICMS. 1. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. a) RECOLHIMENTO A MENOS. Restou comprovado que no período fiscalizado o estabelecimento estava enquadrado na condição de EPP e não como ME. Reduzido o valor do débito em decorrência de erro de transposição do demonstrativo de débito para o Auto de Infração. **b) FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO INCIDENTE SOBRE O ESTOQUE FINAL QUANDO DO ENCERRAMENTO DAS ATIVIDADES.** Refeitos os cálculos para considerar a MVA prevista para os produtos existentes no estoque final sujeitos à tributação. Infrações procedentes em partes. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) PARCIAL. MERCADORIAS DESTINADAS A COMERCIALIZAÇÃO.** Não comprovadas as alegações quanto a não consideração de valores recolhidos e ocorrência de devoluções. Infrações subsistentes. Rejeitadas as nulidades suscitadas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração foi lavrado em 29/06/10, para exigir ICMS no valor de R\$8.701,00, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, em razão das seguintes irregularidades:

01. Recolheu a menos o ICMS, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), enquadrada no Regime Simplificado de Apuração do imposto (SIMBAHIA-2005) - R\$307,89.
02. Deixou de recolher o ICMS relativo a mercadorias constantes do seu estoque final, quando do encerramento de suas atividades, sendo o montante a recolher apurado através de levantamento fiscal. Consta na descrição dos fatos que o contribuinte encerrou suas atividades com mercadorias em estoque conforme DME de 2005 e demonstrativo anexo - R\$767,32.
03. 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 da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA - R\$5.101,51.
04. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de EPP, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado - R\$2.524,28.

O autuado, em sua defesa (fls. 411/424), discorre sobre as infrações e diz que em relação à infração 1, não ultrapassou o teto de enquadramento de R\$240.000,00 no exercício de 2005, cabendo o recolhimento do imposto devido por Microempresas (ME) e não de EPP, como exigido.

No tocante à infração 2, afirma que não encerrou suas atividades no final de 2005 para que pudesse considerar os valores registrados na DME, conforme redução Z em anexo. Requer a improcedência da infração por falta de motivação ou por motivos falsos e inexistentes.

Transcreve a legislação do ICMS relativo ao SIMBAHIA vigente à época da ocorrência dos fatos, inclusive sobre o enquadramento e desenquadramento, posicionamento de doutrinadores e discorre sobre princípios constitucionais.

No que se refere às infrações 3 e 4, diz que o autuante não prova o quanto demonstrado nos papéis de trabalho ao relacionar as notas fiscais de entrada capturadas no sistema CFAMT, sendo que “inúmeras” delas não foram trazidas aos autos e não foram entregues cópias ao autuado, o que fulmina a auditoria em comento por completa falta de provas.

Ressalta ainda, que foi ignorado também o total dos valores pagos, bem como as devoluções de mercadorias para cálculo do imposto devido. Requer seja julgada nula a ação fiscal, e se assim não entender o órgão julgador, requer seja julgada improcedente.

Comenta a necessidade da prova da acusação, mediante juntada de notas fiscais, dedução de pagamentos, o que no seu entendimento conduz a incerteza do cometimento da infração. Transcreve os art. 18, 41 e 46 do RPAF/BA, acerca da nulidade e documentos que devem se fazer acompanhar da lavratura do Auto de Infração.

Reafirma que muitas das mercadorias consignadas nas notas fiscais relacionadas pelo autuante foram devolvidas, pois ocorreu “um erro de seus fornecedores ao encaminhar as mercadorias, com posterior refaturamento das notas fiscais, ou devolução, bem como houve o pagamento do ICMS, o que justificaria o não pagamento do ICMS por antecipação sobre mercadoria com imposto já pago ou devolvida”.

Por fim, requer exclusão das notas fiscais com imposto recolhido antecipadamente, devolvidas, bem como deduzido os valores já recolhidos. Requer a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante na informação fiscal prestada às fls. 443/444, afirma que não procede a alegação defensiva relativa à infração 1 de que o ICMS deveria ser apurado na condição de ME ao invés de EPP, visto que o “mesmo fez opção de EPP desde 01/04/2001, conforme Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/ Situação que ora apenso ao PAF, motivo pelo qual mantenho integralmente este item da autuação”.

Relativamente à infração 2, quanto a alegação de que suas atividades não foram encerradas exatamente no final de 2005, conforme redução Z em anexo, concordo com o impugnante “tanto é que, no DEMONSTRATIVO folha 7 do PAF, foi efetuado o ajuste do estoque final de encerramento de atividade, onde foram considerados os valores das compras e das vendas de 2006, certamente a autuada não verificou este demonstrativo, que lhe foi entregue mediante recibo, motivo pelo qual, mantenho integralmente este item da autuação”.

Relativamente às infrações 3 e 4, no que concerne a nulidade suscitada em virtude de falta de provas materiais e não entrega das notas fiscais provenientes de outro estado e do recolhimento a menos (DAE), contesta dizendo que não procede as tais alegações visto que lhe foram entregues:

- a. DEMONSTRATIVOS, onde são consignados: DATA – Nº NF – CNPJ DO EMITENTE – VALOR – PRODUTO – MVA – ALÍQUOTA - VALOR JÁ RECOLHIDO – DIFERENÇA A RECOLHER, conforme recibo, folhas 08 a 12 do PAF.
- b. Todas as Notas Fiscais de Compras para fiscalização, conforme recibo, folhas 13 a 16 do PAF;

Ressalta que foram apensados ao PAF cópias de todas as notas fiscais que foram objeto da cobrança do ICMS destes itens (03 e 04) da autuação (fls. 251 a 409). Mantém integralmente a autuação.

O autuado foi intimado para tomar conhecimento da informação fiscal (fl. 437), manifestou-se às fls. 440/445. Afirma que desconhece a informação do autuante de que tenha optado em ser EPP, visto que a sua receita bruta nunca superou o teto previsto para as Microempresas. Transcreve a legislação pertinente e requer a improcedência da infração.

Com relação à infração 2, afirma que o autuante se desvia da verdade material, vez que o autuado não encerrou suas atividades exatamente no final de 2005.

Ressalta que para fins de encontrar a base de cálculo do ICMS da infração o “autuante realizou um arbitramento sem previsão legal, pois aplica a Margem de Valor Agregado (MVA) de 35% sobre o estoque final de 2005 acrescido das compras de 2006 e, após encontrar o que chama de estoque ajustado, deduz as vendas de 2006 para fins de encontrar a base de cálculo do imposto”.

Entende que o procedimento adotado pelo autuante para fins de apurar a base de cálculo do imposto não possui respaldo legal, representa um arbitramento sem previsão legal, pois o parágrafo único do art. 63 do RICMS/BA determina que a base de cálculo seja o VALOR DAS MERCADORIAS INVENTARIADAS acrescido dos percentuais previstos nos anexos 88 e 89, e não suposto estoque ajustado deduzido das vendas seguintes. Além disso, entende que a MVA devida é de 20% e não de 35% conforme Anexo 89 do RICMS/BA, inclusive deduzindo da base de cálculo as operações isentas ou não tributadas.

Com relação às infrações 3 e 4, afirma que o autuante alega de forma genérica que as notas fiscais foram entregues para fiscalização, conforme recibo 13 a 16, porém “desconhece a procedência das notas fiscais relacionadas pelo autuante e nenhum momento entregou para a fiscalização as referidas notas fiscais. Todas as notas fiscais de entradas entregues para fiscalização teve seu imposto – antecipação parcial – devidamente pago, quando devido”.

Manifesta que há evidente cerceamento de direito de defesa pela não entrega ao autuado de cópias das supostas notas fiscais de folhas 251 a 409, objetos da autuação, desconhecendo suas origens. Pelo exposto pugna pela nulidade ou “pela procedência em parte da infração, caso haja alguma nota fiscal de entrada exigida pelo fiscal, eventualmente não juntada aos autos”.

O autuante presta nova informação fiscal (fl. 448), na qual afirma não ter trazido qualquer informação nova, quer seja através de documentos ou através de demonstrativos, motivo pelo qual mantém integralmente os termos da informação fiscal anterior (fls. 433/434).

VOTO

O autuado suscitou a nulidade da infração 2, por entender que foi aplicado um arbitramento sem a devida previsão legal. Observo que o Auto de Infração foi lavrado para exigência de tributos, com indicação dos elementos constitutivos (sujeito ativo, descrição dos fatos, demonstrativos, data de ocorrência dos fatos geradores, base de cálculo, alíquota, multa, total do débito, dispositivos infringidos), em conformidade com os artigos 38 a 41 do RPAF/BA (Dec. 7.629/99). O contribuinte entendeu e se defendeu do que foi acusado e não vislumbro inobservâncias formais que conduzam à sua nulidade nos termos do art. 18 do mencionado diploma legal, motivo pelo qual rejeito o pedido de nulidade formulado. Com relação à alegação de que houve arbitramento da base de cálculo, entendo que se trata do mérito da questão o que será apreciado em seguida.

O impugnante suscitou a nulidade das infrações 3 e 4, sob alegação de que “desconhece a procedência das notas fiscais relacionadas pelo autuante”. Verifico que conforme afirmou o autuante, as cópias das notas fiscais acostadas às fls. 251/409 se tratam das primeiras vias que foram entregues pela própria empresa à fiscalização conforme documento juntado às fls. 13/15. Pelo exposto, não acolho o argumento de que ocorreu cerceamento de direito de defesa pela não entrega de cópias das notas fiscais juntadas às fls. 251/409, tendo em vista que as mesmas foram fornecidas pelo estabelecimento autuado e não é cabível a alegação do seu desconhecimento.

No mérito, o Auto de Infração exige ICMS recolhido a menos na condição de EPP, falta de recolhimento do imposto incidente sobre o estoque final do encerramento de atividades, recolhimento a menos do imposto por antecipação devido por substituição e antecipação parcial.

Com relação à infração 1, o autuado alegou não ter ultrapassado o limite de R\$240.000,00 estabelecido para ME e que não poderia ser exigido o ICMS como EPP. O autuante contestou

afirmando que o mesmo fez opção como EPP. Verifico que conforme Relatório de Histórico de Atividade Econômica/Condição/Situação acostado à fl. 435, cuja cópia foi fornecida ao autuado (fl. 437), a empresa foi enquadrada como EPP a partir de 01/04/2001. Logo, está correta a apuração do imposto com base nos critérios estabelecidos para EPP e não como ME como quer o autuado. Entretanto, verifico que no demonstrativo à fl. 6 o autuante apurou valor devido de R\$121,01 relativo ao fato gerador de 31/05/05 e transportou para o demonstrativo de débito o valor de R\$148,99. Portanto, fica retificado de ofício o valor devido de R\$121,01 com data de ocorrência em 31/05/05, o que resulta em valor total devido nesta infração de R\$279,91. Infração procedente em parte.

Quanto à infração 2, o impugnante alegou não ter encerrado suas atividades no final de 2005 para que pudesse considerar os valores da DME. Na informação fiscal o autuante esclareceu que conforme demonstrativo à fl. 7, tomou como base o estoque final de 2005, adicionou os valores das compras e deduziu os valores das vendas ocorridas em 2006. Ao tomar conhecimento da informação fiscal o autuado argumentou que a base de cálculo foi apurada mediante arbitramento com acréscimo de MVA de 35%, sem haver previsão legal.

Com relação à base de cálculo, verifico que conforme demonstrativo à fl. 7, o autuante tomou como base os valores constantes do estoque final de 2005 declarado na DME (fl. 27), adicionou o montante das compras de 2006 (fl. 16), adicionou a MVA de 35% e deduziu o valor das vendas realizadas em 2006. Portanto considero correto o método utilizado para apurar a base de cálculo.

Com relação ao valor arbitrado, verifico que o art. 408-A, II, “b” c/c art. 63, Parágrafo Único do RICMS/BA estabelece que a EPP ao pedir baixa, o contribuinte deve adicionar a MVA prevista nos Anexos 88 e 89 do RICMS/BA, de acordo com o tipo de mercadoria, e sobre o valor resultante aplicar o percentual correspondente, de acordo com a receita bruta acumulada até a data do encerramento das atividades.

Como o contribuinte não efetuou o pagamento do ICMS devido relativo ao estoque final existente no momento do encerramento das atividades, o autuante adicionou a MVA de 35% prevista para calçados. Verifico que conforme cópias de notas fiscais de compras acostadas às fls. 251 a 409, as mesmas consignam compras de confecções e calçados, bem como os demonstrativos às fls. 8/12 relativo às infrações 3 e 4. Logo, caberia ao contribuinte que é detentor dos documentos fiscais, elaborar demonstrativo relativo ao estoque final existente no momento do encerramento de suas atividades e promover o pagamento do ICMS sobre os produtos tributáveis, no caso, as confecções que no período fiscalizado não integrava o rol de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Da mesma forma, poderia ter apresentado demonstrativo do estoque final relativo a calçados (ICMS pago antecipado) e confecções (tributado) no momento que apresentou defesa. Como isso não foi feito, entendo ser razoável considerar que as mercadorias existentes no estoque final se tratam de confecções e deve ser aplicado a MVA de 20%. Tomo como base o demonstrativo do autuante à fl. 7 e considero devido o valor de R\$661,70 ($R\$28.165,85 + \text{MVA de } 20\% - R\$5.633,06 = R\$33.798,34 - \text{vendas de } R\$7.330,30 = R\$26.468,04 \times 2,5\% = R\$661,70$). Infração procedente em parte.

No que se refere às infrações 3 e 4, o autuado contestou que foram relacionadas “inúmeras” notas fiscais capturadas no CFAMT que não foram trazidas aos autos, não foram entregues cópias, bem como foram ignorados os valores pagos e as devoluções de mercadorias no cálculo do imposto. O autuante contestou que a fiscalização foi feita com base em documentos apresentados pelo autuado, demonstrativos e notas fiscais juntadas ao processo.

Pela análise dos elementos contidos no processo verifico que:

- a) Foi relacionado no demonstrativo às fls. 13/16 RELAÇÃO DE NOTAS FISCAIS ENTREGUE PARA FISCALIZAÇÃO, os quais foram entregues ao autuado mediante recibo apostado nos mesmos.

- b) Os demonstrativos às fls. 8/12 contemplam apuração do ICMS devido por antecipação recolhido a menos relativo a mercadorias enquadrada no regime de substituição tributária (infração 3) e destinadas a comercialização com ICMS antecipação parcial (infração 4).
- c) As cópias das notas fiscais acostadas às fls. 251/409 se tratam das primeiras vias.

Pelo exposto, os elementos constantes do processo demonstram que o ICMS das infrações 3 e 4 foi apurado de acordo com as notas fiscais entregues pelo próprio autuado à fiscalização, pois se trata das primeiras vias. Logo, não acato o argumento de que foram juntadas “inúmeras” notas fiscais coletadas no CFAMT, tendo em vista que no momento que apresentou defesa e na sua manifestação acerca da informação fiscal, não foram indicados quais os números das notas fiscais que porventura teriam sido coletadas no CFAMT.

Da mesma forma, não acato o argumento de que não foram considerados os valores já recolhidos, haja vista que os demonstrativos às fls. 8 a 12 contemplam deduções dos valores apurados a título de ICMS RECOL. Caso não fossem considerados todos os valores recolhidos constantes dos demonstrativos das infrações 3 e 4, caberia ao autuado juntar cópia dos DAEs não considerados, o que não ocorreu.

Também não acolho o argumento de que não foram consideradas as devoluções, tendo em vista que em nenhum momento o impugnante apresentou provas documentais de sua ocorrência. Concluo que o ICMS exigido nas infrações 3 e 4, foram apurados corretamente, obedecendo ao devido processo legal, visto que o sujeito passivo não trouxe ao processo qualquer prova de suas alegações. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração n.º **206987.0323/10-3**, lavrado contra **ANTÔNIO MESSIAS SILVA SANTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$8.567,40**, acrescido das multas de 50% sobre R\$2.804,19, 60% sobre R\$5.101,51 e 70% sobre R\$661,70, previstas no art. 42, I, “b” ITEM 1 e 3, II, “d” e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de abril de 2011.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

JORGE INÁCIO DE AQUINO – JULGADOR

PAULO DANILO REIS LOPES – JULGADOR