

A. I. Nº - 206896.1201/08-8
AUTUADO - MD COMERCIAL DE DOCES E EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - OTHONIEL SANTOS FILHO
ORIGEM - INFAZ VAREJO
INTERNET - 02.12.2011

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0301-02/11

EMENTA: ICMS. NULIDADE. INADEQUAÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. OMISSÃO DE SAÍDAS DE MERCADORIAS TRIBUTÁVEIS APURADA ATRAVÉS DE ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. À época dos fatos, o autuado encontrava-se enquadrado no Regime Simplificado do ICMS (SIMBAHIA), sendo dispensado da escrituração dos livros fiscais, conforme art. 408-C do RICMS-BA, exceto o Registro de Inventário, e em substituição à escrituração mercantil, o livro Caixa, por isso, o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração lavrado em 28/12/2008, para constituir o crédito tributário ao ICMS no valor histórico de R\$10.516,76, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributadas apurada por meio de entradas de mercadorias não registradas. Consta ainda da acusação que foram constatadas omissões no registro das notas fiscais relacionadas em demonstrativo anexado aos autos, não estando as mesmas computadas no livro Caixa (obrigatório), Art. 408C, inciso VI, alínea “a”, do RICMS/BA, sendo enquadrado nas irregularidades fiscais relacionadas com contribuinte enquadrados no 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. VII - que, comprovadamente, prestou declarações inexatas ou falsas, havendo dolo, fraude ou simulação. 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. 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 suprimimento 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.

O autuado, às folhas 32 a 36, ao impugnar o lançamento tributário aduz que o autuante não observou que no período objeto da autuação estava enquadrado no Regime do SimBahia, como Microempresa, ficando na faixa de isento e pagamento de valor fixo.

Questiona como teria sido encontrado o valor autuado se não possuía livro Caixa.

Em relação ao Relatório de notas fiscais, aduz que o autuante apontou notas fiscais de compras dentro e fora do Estado da Bahia, sendo que em algumas das notas já haviam sido cobrado o imposto pela substituição tributária, encerrando a fase de tributação.

Tece comentário sobre a prova no processo administrativo fiscal, frisando que a produção de prova é estabelecida pelos documentos que dão suporte aos lançamentos contábeis e não a uma suposta relação de notas fiscais apresentadas pelo autuante.

Acrescenta que, observando as notas fiscais que lhe foram entregues, verificou que as mercadorias nunca fizeram parte do seu estoque. Diz não reconhecer a legitimidade da Relação de Notas Fiscais que embasou a autuação, sendo inidôneos e de legitimidade duvidosa, requerendo a nulidade do Auto de Infração.

O auditor autuante, fls. 40 a 42, ao prestar a informação fiscal, além de transcrever a imputação acima já relatada, diz que as notas fiscais informadas pelas empresas fornecedoras, constantes dos arquivos magnéticos atestam as irregularidades apontadas na autuação.

Informa que acosta aos autos cópias dos documentos que embasaram o Auto de Infração e que também forneceu ao contribuinte para assegurar o mais amplo direito de defesa, solicitando a reabertura do prazo para o autuado se manifestar.

Às folhas 43 a 129 dos autos acosta cópia de diversas notas fiscais, constando como destinatário os dados do contribuinte autuado.

O autuado recebeu, fl.135, cópia da informação fiscal e dos documentos, folhas 43 a 129, sendo intimado para se manifestar no prazo de 10 (dez) dias.

Em nova manifestação defensiva, fls. 137 e 138, o autuado reitera os argumentos apresentados na impugnação.

Em nova informação fiscal, fls. 142 a 145, o autuante reitera os argumentos da informação anterior e acrescenta que o que está comprovado no Auto de Infração é que ocorreu omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas mediante entradas de mercadorias não registradas.

Aduz que as notas fiscais comprovam que se trata de aquisições realizadas pelo autuado e não registradas e que os recursos empregados para a aquisição das mesmas decorreram de saídas de mercadorias tributáveis omitidas. Não tem relevância se as mercadorias adquiridas, com os recursos da omissão, estavam enquadradas no regime de substituição tributária ou não, pois, a infração descrita no auto é a omissão de saídas de mercadorias *tributáveis* através de entradas de mercadorias não registradas.

O PAF foi convertido em diligência, pois o autuante somente acostou aos autos as cópias das notas fiscais quando da informação, sendo concedido, apenas, 10 dias para se manifestar, quando o autuado, nesta situação, tinha direito a reabertura do prazo de defesa em 30 dias.

Após ser intimado da reabertura do prazo de defesa, o autuado se manifesta, fls. 155 e 156, reiterando que não possui livro Caixa e que não foi intimado para apresentar nenhum livro ou documento fiscal. Questiona se não seria mais coerente o fiscal ter realizado um fluxo de caixa. Reitera, ainda, o pedido de nulidade.

Às folhas 162 a 174, o autuado acostou planilhas, sem título, constando algumas informações sobre notas fiscais, sua faixa de enquadramento no SimBahia e a apuração do Simples Federal.

Em nova informação fiscal, fls. 175 a 177, o autuante assevera que a planilha acostada pela defesa às folhas 162 a 174 seria elemento comprobatório de que o autuado procedia lançamentos contábeis.

Em nova manifestação defensiva, fl. 187 a 188, o autuando reitera os argumentos das manifestações anteriores e reitera o pedido de nulidade.

Em nova informação fiscal, 192 a 194, o autuante reitera suas alegações anteriores.

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela, para exigir ICMS imputando ao sujeito passivo ter omitido saídas de mercadorias tributadas apuradas por meio de entradas de mercadorias não registradas no livro Caixa.

Em sua defesa o sujeito passivo argüiu nulidade, argumentando que estava enquadrado no SimBahia e que não reconhecia as notas fiscais objeto da presente lide. Questionou, adiante, que parte das mercadorias estavam enquadradas na substituição tributária, estando com a fase de tributação encerrada.

Como se observa da descrição da infração e do seu enquadramento legal, consignado no corpo do Auto de Infração, a mesma decorre do fato de que o contribuinte ao deixar de contabilizar essas entradas, teria realizado os pagamentos das referidas aquisições com recursos de venda anteriores realizadas sem a emissão de notas fiscal. Portanto, trata-se de uma presunção legal, prevista no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 e reproduzida no regulamento do imposto, reiteradamente citado, no § 3º do artigo 2º.

Neste contexto é irrelevante se os bens ou mercadorias adquiridos serão ou não objeto de operações tributáveis pelo ICMS. O fato relevante é saber se o contribuinte comprovou ou não a origem dos recursos aplicados nas aquisições. Não havendo o contribuinte comprovado a origem dos recursos, a Lei do ICMS estabelece que se presume que foram obtidos mediante vendas de mercadorias sem a respectiva emissão dos documentos fiscais, omitindo receitas e, conseqüentemente, deixando de recolher o tributo devido ao tesouro estadual.

Em relação ao argumento defensivo de que não reconhece as notas fiscais, observo que o mesmo poderia ser saneado mediante diligência fiscal. Entretanto, existe outro vício de nulidade que não pode ser sanado mediante diligência nos autos do presente PAF.

Conforme restou comprovado nos autos, à época dos fatos geradores o contribuinte estava enquadrado no SimBahia, não tem relevância para o deslinde da presente lide qual era sua faixa real de enquadramento ou se o mesmo escriturava o livro Caixa ou não.

Na condição de contribuinte do ICMS, devidamente cadastrado na Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia no regime de apuração simplificado de apuração do imposto vigente à época dos fatos geradores, o autuado estava obrigado a atender as determinações do regulamento estadual do imposto.

O regime do SimBahia, visando alavancar o desenvolvimento econômico estadual, estabeleceu diversos tratamentos diferenciados para os contribuintes que realize sua opção em participar do mesmo, pois não era um regime obrigatório, em relação aos contribuintes do Regime Normal de Apuração do ICMS. Dentre esses benefícios, o Art. 408-C do multicitado regulamento, determinou que os esses contribuintes estavam dispensados de escriturar os livros fiscais, excetuando o livro Registro de Inventário, este sim, estava obrigado a escriturar.

Deste modo, resta cristalino que o autuado não estava obrigado a escriturar o livro Registro de Entradas. Conclusão lógica, não poderia ter deixado de escriturar os referidos documentos fiscais em livro que estava dispensado a escriturar por determinação legal.

Para aplicar a presunção prevista do § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96 é imprescindível que o contribuinte estivesse obrigado a escriturar o livro Registro de Entrada.

O autuante aplicou a presunção sob a alegação de que o autuado não registrou a nota fiscal no livro Caixa, situação não amparada na determinação legal. No livro Caixa são registrados os pagamentos e recebimentos, ou seja, entrada e saída de numerário. Nele não são registradas as notas fiscais de aquisição. Somente são registrados os pagamentos, quando efetivamente ocorrerem.

Por sua vez, no livro Registro de Entrada de Mercadorias são registradas todas as notas fiscais decorrente das entradas, a qualquer título, de mercadorias ou bens no estabelecimento, das aquisições de mercadorias ou bens que não transitarem pelo estabelecimento e dos serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação tomados pelo contribuinte. Nele as operações ou prestações são registradas em ordem cronológica, documento por documento, independentemente de haver ou não pagamento ou não. Não podemos confundir omissão de entradas de mercadorias nos livros fiscais ou na contabilidade, se o contribuinte estivesse obrigado a escriturar o livro Diário, o que não é o caso, com omissão de pagamentos no livro Caixa.

No caso de contribuinte do SimBahia, as entradas das mercadorias devem ser informadas no DME - Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, estando passível de sofrer o efeito da aplicação da norma penal tributária prevista no inciso XII-A do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, com redação vigente à época, que estabelecia multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiver sido informado na DME, *in verbis*:

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

.....

XII-A – 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.”

Entretanto, pesquisando o sistema INC – Informações do Contribuinte, da própria Secretaria da Fazenda, constatei que o autuado declarou nas DME's dos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, os valores respectivos de R\$13.263,19, R\$ 28.597,09, R\$29.254,37, R\$26.159,75, R\$2.058,00, cuja soma é de R\$99.332,40, estando bastante próximo do valor da soma resultante de levantamento fiscal, fls. 18 a 21 dos autos.

Tal fato demonstra ser razoável aceitar que, pelo menos, parte das notas fiscais objeto da autuação foram informadas nas DME's, sendo necessário, para aplicação da multa, que não foi objeto do Auto de Infração ora em lide, que o autuante demonstra-se, mediante confrontação das notas fiscais consignadas nas declarações econômico-fiscais e as que a fiscalização levantou durante a ação fiscal, observando, ainda, o posicionamento do CONSEF em relação as notas de fiscais emitidas por contribuinte de outras Unidades da Federação e informadas por terceiro, mediante arquivo SINTEGRA.

Assim, nos autos do presente PAF não existem os elementos necessários para se converter a cobrança do imposto em multa de 5%, acima especificada, razão pela qual represento à autoridade competente para instaurar novo procedimento fiscal a salvo da falha apontada, aplicando-se o roteiro de auditoria adequado à situação do contribuinte.

Portanto, sem sombra de dúvida, à época dos fatos, o autuado encontrava-se enquadrado no Regime Simplificado do ICMS (SIMBAHIA), sendo dispensado da escrituração dos livros fiscais, conforme art. 408-C do RICMS-BA, exceto o Registro de Inventário, e em substituição à escrituração mercantil, o livro Caixa, por isso, o lançamento foi efetuado em desacordo com as normas que regem a matéria, o que resulta na nulidade da autuação.

Voto pela **NULIDADE** do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **NULO** o Auto de Infração nº **206896.1201/08-8**, lavrado contra **MD COMERCIAL DE DOCES E EMBALAGENS LTDA.**

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

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – RELATOR

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – JULGADOR