

A. I. N° - 207668.0001/02-7
AUTUADO - A. M. IND. E COM. DE EMBALAGENS LTDA.
AUTUANTE - REJANE MARIA RAMOS BARBOSA
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 09.05.02

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0150-02/02

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE LANÇAMENTO NO LIVRO REGISTRO DE SAÍDAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Fato não contestado. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. ADOÇÃO DO REGIME NORMAL DE APURAÇÃO DO IMPOSTO. MULTA. Restando comprovada a tributação da mercadoria regularmente nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa por descumprimento de obrigação acessória equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do artigo 42, II, "d", c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração caracterizada. 3. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrente de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada parcialmente, tendo em vista que o sujeito passivo comprovou, mediante o lançamento nos livros fiscais, a contabilização de parte das entradas apuradas. Sobre a diferença restante, não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos utilizados para pagamento de tais entradas. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 20/02/2002, reclama o ICMS no valor total de R\$ 4.870,25, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 289,11, nos prazos regulamentares referente às notas fiscais de saídas de mercadorias tributáveis nº 944 a 950; 119 e 291, não escrituradas no livro Registro de Saídas nos meses de 06/98; 09/98 e 12/98, conforme documentos às fls. 15 a 33.
2. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 136,26, nos meses de 02/98 e 07/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições interestaduais das mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária (lâmpadas elétricas) através das Notas Fiscais nºs 517521; 824626 e 824627, conforme documentos às fls. 34 a 36.

3. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 4,92, no mês de 07/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição interestadual da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (isqueiro) através da Nota Fiscal nº 824627, conforme documento à fl. 36.
4. Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$ 5,78, no mês de 06/98, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição interestadual da mercadoria sujeita ao regime de substituição tributária (pilhas) através da Nota Fiscal nº 442490, conforme documento à fl. 37.
5. Recolhimento a menor do ICMS por antecipação, no total de R\$ 13,60, no mês de 05/98, na qualidade sujeito passivo por substituição, quando da aquisição interestadual de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária relacionada no Anexo 88 através da Nota Fiscal nº 106928, conforme documento à fl. 38.
6. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não contabilizadas, conforme cópias das notas fiscais de aquisições interestaduais nº 68511; 603; 3010; 433365; 45443; 24315; 47938; 562; 25780; 52599; 52600; 53402 e 309 coletadas através do CFAMT (doc. fls. 48 a 57).

O sujeito passivo representado por advogado legalmente constituído em seu recurso às fls. 62 a 69, reconhece o débito no valor de R\$ 289,11 relativo à infração 01.

Quanto às infrações 02, 03, 04 e 05 , argüi as suas nulidades sob alegação de que o lançamento foi feito com base em premissa equivocada da existência de crédito tributário embasado em presunção. Ressalta que trabalha com um número reduzido de itens de mercadorias isentas ou com substituição tributária, e por isso, visando evitar aumento de seu custo operacional com controles específicos destas mercadorias, ao invés de efetuar o recolhimento por antecipação, optou em considerar as mercadorias com tributação normal tributando-as na saída, conforme cópia do Registro de Apuração do ICMS acostado ao seu recurso. Além disso, fez a demonstração das vendas das mercadorias sujeitas à substituição no total de R\$1.776,99 com ICMS no regime normal de R\$ 302,09, efetuadas no exercício de 1998, destacando que a margem de lucro da empresa foi superior ao valor do MVA aplicado no trabalho fiscal, e que o fisco não sofreu qualquer prejuízo.

Por conta desse argumento, alegando que não houve dolo ou evasão de receitas, entende que caberia a aplicação de multa formal pelo descumprimento da obrigação acessória que reconhece ter cometido.

Quanto à infração 06, o defensor após transcrever os artigos 2º, parágrafo 3º, inciso IV, 50, 60, inciso I, artigo 124, inciso I, 218, 322 e 936 do RICMS/97 tidos como infringidos, não concorda com o enquadramento nos citados dispositivos regulamentares, com base nos seguintes argumentos:

1. que as notas fiscais que serviram de base ao levantamento fiscal não podem ser consideradas como entradas não contabilizadas, isto porque, conforme se verifica da intimação à fl. 58 em momento algum foram solicitados os livros contábeis;
2. que a acusação fiscal trata-se de uma presunção, pois não lhe foram solicitados os livros contábeis para averiguação;

3. que não há como afirmar que não houve a emissão de notas fiscais de saída, pois não foi realizado o levantamento físico de estoque;
4. que não foi feito o levantamento fiscal na forma do artigo 936 dado como transgredido.

O patrono do autuado impugna a multa de 60% aplicada na infração 06, entendendo que de acordo com o artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96, a multa aplicável no caso de bem, mercadoria ou serviço sujeito à tributação que tenham entrado no estabelecimento ou que por ele tenham sido utilizados sem o devido registro na escrita fiscal é de 10%.

Ao final, requer a nulidade da ação fiscal, ou caso contrário, a sua improcedência.

O preposto fiscal autuante em sua informação fiscal às fls. 110 a 111, rebate as razões defensivas dizendo, no tocante às infrações 02, 03, 04 e 05, que conforme artigos 352, 370 a 379, I, 61 a 63 é devido o pagamento por antecipação nas aquisições interestaduais de mercadorias sujeitas à substituição tributária, e que ao contribuinte não é dada a opção de proceder o recolhimento por ocasião da saídas das mercadorias. Frisa que acaso tenha ocorrido o pagamento a maior ou indevido nas saídas seria cabível o pedido de restituição na forma prevista no RPAF.

Sobre as razões de defesa relativas à infração 06, o autuante esclarece que após conferência dos lançamentos no livro Registro de Entrada dos documentos fiscais fornecidos pelo sistema/controle fiscal de mercadorias da fiscalização, fez o levantamento fiscal, ficando caracterizada a omissão de saídas de mercadorias tributáveis pelas entradas não registradas – registro fiscal ou contábil – conforme nova redação dada pela Alteração nº 10 para o inciso I do artigo 60. Frisa que a defesa baseou-se na redação anterior que não fazia menção das entradas ou pagamentos não registrados na escrituração, e tão somente das entradas ou pagamentos contabilizados e na interpretação literal da Lei. Por fim, o autuante sustenta que o enquadramento legal foi feito corretamente, assim como a multa aplicada.

VOTO

O Auto de Infração foi lavrado para exigência de imposto, sob acusação dos seguintes fatos: Infração 01 - falta de registro no livro fiscal de notas fiscais de saídas; Infrações 02, 03, 04 e 05 - falta de antecipação tributária e antecipação a menor; Infração 06 – omissão de saídas caracterizada por entradas de mercadorias tributáveis não contabilizadas.

O débito da infração 01 no valor de R\$289,11, foi devidamente reconhecido pelo autuado, o que torna desnecessária maiores considerações a respeito.

Quanto às infrações 02, 03, 04 e 05, rejeito a argüição de nulidade destes itens, uma vez que não tendo sido comprovado o pagamento da antecipação tributária das notas fiscais que serviram de base à autuação, o lançamento foi feito corretamente com base nos artigos 353, inciso II, itens 25, 26 e 28, combinado com o artigo 61 do RICMS/97. Contudo, considerando que o patrono do autuado demonstrou às fls. 70 a 73 que o pagamento do imposto durante o exercício de 1998 das mercadorias objeto da autuação foi feito por ocasião das saídas, e que realmente no RAICMS às fls. 73 a 98 consta que todas as operações de saídas foram levadas à tributação do ICMS, entendo que não é correto exigir novamente o imposto neste caso. Portanto, restando comprovada a tributação das mercadorias regularmente nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo, convertendo-se, no entanto, a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% sobre o imposto que

deveria ter sido pago por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, em razão das mercadorias terem sido submetidas ao regime normal de apuração do imposto, nos termos do artigo 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96.

Desse modo, o imposto exigido nas infrações 02, 03, 04 e 05, fica modificado para as multas abaixo.

Data	N.Fiscal	Vl.NF	Antec.trib.	Multa 60%	Mercadoria	Doc.fl.	Infração
17/02/98	517521	462,67	75,03	45,02	Lâmpada elétrica	34	2
28/07/98	824626	224,12	37,66	22,60	Idem	35	2
28/07/98	824627	922,11	23,57	14,14	Idem	36	2
28/07/98	824627	922,11	4,92	2,95	Isqueiro	36	3
16/06/98	442490	447,35	5,78	3,47	Pilha	37	4
09/05/98	106928	675,58	13,60	8,16	Lâmpada elétrica	38	5
Totais		160,56	96,34				

No tocante à infração 06, relativa a exigência de imposto por entradas de mercadorias não contabilizadas, verifica-se que o débito foi calculado com base nas cópias das notas fiscais de aquisições interestaduais nºs 68511; 603; 3010; 433365; 45443; 24315; 47938; 562; 25780; 52599; 52600; 53402 e 309 coletadas através do CFAMT (doc. fls. 48 a 57) todas em nome do estabelecimento autuado.

Analisando-se a questão à luz do que dispõe o artigo 2º, §3º, inciso IV, do RICMS/BA, vigente à época dos fatos geradores, a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção legal de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

O patrono do autuado não nega que as mercadorias tenham sido adquiridas pelo estabelecimento. No entanto, advoga a seu favor que as notas fiscais não podem ser consideradas como entradas não contabilizadas, pois não foi intimado a apresentar os livros contábeis, e a exigência fiscal trata-se de uma presunção.

Considero que a simples alegação de que não foram solicitados os livros contábeis não é suficiente para elidir a acusação fiscal, pois tratando-se a exigência fiscal de uma presunção legal, caberia ao autuado comprovar a improcedência dessa presunção, inclusive se fosse o caso, ter demonstrado mediante controle de estoque que as mercadorias constantes das notas fiscais haviam entrado no estabelecimento, bem assim a origem do numerário utilizado para pagar tais aquisições.

Quando a fiscalização examinando os documentos de um determinado período encontra notas fiscais de aquisição em poder do estabelecimento sem o registro fiscal, esta situação indica que o estabelecimento recebeu e deu entrada das mercadorias. Neste caso, seria cabível a aplicação da multa de 10% conforme previsto no artigo 42, inciso IX, da Lei nº 7.014/96. Porém, quando a fiscalização constata a existência de documentos fiscais em nome do contribuinte não apresentados por ocasião da ação fiscal, neste caso, é válido presumir-se que a falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrente de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Assim, tendo em vista que a infração foi detectada através das notas fiscais coletadas nos postos fiscais, e não tendo sido comprovada a origem do numerário utilizado no pagamento das notas fiscais não contabilizadas, subsiste a infração 06, sendo também infundada a arguição de nulidade sobre esta infração.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no valor de R\$ 4.806,03.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 207668.0001/02-7, lavrado contra **A. M. IND. E COM. DE EMBALAGENS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 4.709,69**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, além da multa no valor de **R\$ 96,34**, atualizado monetariamente, prevista no artigo 42, VIII, da Lei nº 7.014/96.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de abril de 2002.

FERNANDO A. B. DE ARAÚJO – PRESIDENTE

JOSÉ CARLOS BACELAR – RELATOR

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - JULGADOR