

A.I. Nº - 279104.0100/03-0
AUTUADO - EBD NORDESTE COMÉRCIO LTDA
AUTUANTES - JOSÉ VICENTE NETO, NEUSA MARIA GOMES VIEIRA e JOAQUIM MAURÍCIO DA MOTTA LANDULFO JORGE
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 11.03.04

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-03/04

EMENTA: ICMS. 1. BASE DE CÁLCULO. a) REDUÇÃO INDEVIDA; **b)** ERRO NA DETERMINAÇÃO. Infrações reconhecidas. **2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE REGISTRO. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO.** A entrada de mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo, ao deixar de registrá-las, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não registradas. Infração elidida em parte. **3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO.** Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo, entre as Unidades da Federação envolvidas na operação, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Infração elidida em parte. **4. LIVROS FISCAIS. LIVRO REGISTRO DE INVENTÁRIO. EXTRAÍO. MULTA. Infração comprovada. 5. EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL (ECF). SISTEMA ELETRÔNICO DE PROCESSAMENTO DE DADOS. OMISSÃO DE OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES NAS INFORMAÇÕES PRESTADAS ATRAVÉS DOS ARQUIVOS MAGNÉTICOS. MULTA DE 5% SOBRE O VALOR DAS OPERAÇÕES OU PRESTAÇÕES OMITIDAS. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 29/10/03, exige ICMS no valor de R\$393.871,52, acrescido das multas de 60% e 70%, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$62.292,28, em virtude das seguintes infrações:

1. “Deixou de recolher ICMS referente a saída de produtos com utilização indevida do benefício da redução da base de cálculo. Conforme Termo de Acordo – Decreto nº 7.488/98 nas saídas para contribuintes não inscritos no CAD-ICMS”- R\$71.087,47;

2. “Recolheu a menor ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Com redução de cem por cento do valor da Base de Cálculo, com presunção de simulação de vendas” – R\$42.882,12;
3. “Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Referente a notas fiscais capturadas no CFAMT e no Sintegra, e não escrituradas nos livros Fiscais e Contábeis” – R\$123.302,92;
4. “Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas nos anexos 69 e 88. Referente a notas fiscais capturadas no CFAMT e SINTEGRA, e não escrituradas nos livros Fiscais e Contábeis” – R\$156.599,01;
5. “Extraviou o(s) seguinte(s) livro(s) fiscal(is)”:
“livros Registro de Inventário referente aos exercícios de 2000, 2001 e 2002” – R\$2.760,00;
6. “Forneceu informações através de arquivos magnéticos exigidos na legislação tributária, com omissão de operações ou prestações, ou com dados divergentes dos constantes nos documentos fiscais correspondentes” – R\$59.532,28.

O autuado apresenta impugnação, às fls. 734 a 739, nos seguintes termos:

- infração 1: inicialmente entende que houve cerceamento de defesa ao alegar que os autuantes não indicaram que percentual ou qual valor teria sido indevidamente reduzido. No mérito, afirma que o ICMS destacado nas notas fiscais não foi considerado, e que não foram excluídas as saídas das mercadorias sujeitas a substituição tributária;
- infração 2: entende que se houve simulação de vendas, não houve a circulação de mercadorias e, conseqüentemente não há fato gerador do imposto;
- infração 3: diz que as notas fiscais não registradas são as mesmas da infração 4, e que estariam sujeitas a substituição tributária na entrada no Estado da Bahia. Acrescenta que não foi demonstrado pela fiscalização que os produtos constantes das notas fiscais em lide, não foram objeto de saídas posteriores;
- infração 4: expõe que a fiscalização deixou de observar as diferentes margens de lucro definidas por espécie de tributo, fazendo incidir o percentual de 70% para todas as mercadorias. Exemplifica o caso das bebidas energéticas e isotônicas, dizendo que a margem de comercialização para efeito de substituição tributária é de 60%. Afirma que o imposto, relativo à Nota Fiscal nº 187.476, foi tempestivamente recolhido;
- infração 5: reconhece o seu cometimento;
- infração 6: diz que não é possível exigir “penalidade autônoma” sem que se aponte, de forma clara, a infração praticada. Entende que existe apenas uma presunção da ocorrência de informações divergentes.

Ao final, pede a nulidade do Auto de Infração.

Os autuantes, em informação fiscal (fls. 745 a 749), assim se manifestam:

- infração 1: dizem que no corpo do Auto de Infração está citado o Decreto que foi infringido onde está discriminado o percentual utilizado na redução da base de cálculo para cálculo do

imposto devido. Afirmam que as planilhas juntadas aos autos (fls. 20 a 561) demonstram que o ICMS destacado nas notas fiscais, e recolhido, foi devidamente considerado, e que não foi relacionada nenhuma mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária;

- infração 2: esclarecem que o autuado simulou uma venda com desconto de 100% no valor das mercadorias (fls. 563 a 637), caracterizando uma doação, que é uma operação tributada;
- infração 3: inicialmente esclarecem que a presente infração independe da infração 4, sendo ambas distintas. Expõem que o imposto está sendo exigido pela presunção legal de omissão de saídas, em razão da falta de registro de notas fiscais de entradas, nada alterando se houve saída posterior de tais mercadorias. Com relação à Nota Fiscal nº 187.476, acatam a alegação defensiva e reduzem o valor da exigência em R\$2.621,71;
- infração 4: dizem que só foi aplicado o percentual de 70% para as mercadorias do fornecedor Madasa do Brasil Importadora e Exportadora (fl. 654). Quanto às bebidas energéticas e isotônicas, esclarecem que a margem de 60% só é utilizada quando sua aquisição é no atacado, o que não é o caso, pois a fornecedora é uma importadora (fls. 659 a 664), sendo equiparada a indústria pela legislação da Bahia, cuja margem é de 70%. Com relação à Nota Fiscal nº 187.476, acatam a alegação defensiva e reduzem o valor da exigência em R\$2.590,86;
- infração 5: dizem que o autuado admite o extravio e anexa o DAE referente ao pagamento à fl. 742;
- infração 6: esclarecem que foi constatado no arquivo magnético do autuado (exercícios de 2001 e 2002), valores divergentes relativo às entradas de mercadorias dos valores escriturados nos livros fiscais e declarados na DMA (fls. 685 a 732).

Ao final, pedem a manutenção na sua totalidade das infrações 1, 2 e 6; e a Procedência Parcial da infrações 3 e 4.

O autuado, em nova manifestação à fl. 759, informa estar desistindo das impugnações relativas às infrações 1, 2 e 6, solicitando o pagamento das mesmas com os benefícios concedidos pela Lei nº 8.887/03.

VOTO

Inicialmente rejeito as preliminares de nulidade suscitadas, haja vista que o Auto de Infração está revestido das formalidades legais, não se observando erro ou vício que possa decretar a sua nulidade, de acordo com o que dispõe o art. 18, do RPAF/99. Os elementos constitutivos do PAF descrevem de forma satisfatória as situações verificadas, sendo possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, não havendo do que se falar em cerceamento de defesa.

No mérito, o autuado reconheceu o cometimento das infrações 1, 2, 5 e 6, solicitando, inclusive, o pagamento do débito. Como as mesmas também estão devidamente demonstradas nos autos, entendo não haver necessidade de maiores considerações.

Quanto à infração 3, o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, preconiza que 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 ocorrência de entrada de mercadorias não registradas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Portanto a referida presunção é “juris tantum”, ou seja, admite prova contrária, cabendo ao contribuinte comprovar a sua improcedência, fato que não ocorreu.

Dessa forma, considerando que a entrada de mercadorias não registradas indica que o sujeito passivo, ao deixar de registrá-las, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações de saídas também não registradas, mantenho a exigência.

Contudo, como o autuado comprovou o registro da Nota Fiscal nº 187.476 (fl. 740), concordo com o posicionamento dos autuantes que reduziram o valor da exigência em R\$2.621,71.

No que diz respeito à infração 4, que é distinta da infração 3, o autuado comprovou apenas o recolhimento do imposto relativo à Nota Fiscal nº 187.476 (fl. 741), no que concordo também com o posicionamento dos autuantes que reduziram o valor da exigência em R\$2.590,86.

Acrescento, ainda, que como bem frisaram os autuantes, só foi aplicado o percentual de 70% de MVA para as mercadorias do fornecedor Madasa do Brasil Importadora e Exportadora (fl. 654), já que em relação às bebidas energéticas e isotônicas, a margem de 60%, mencionada pelo autuado, só é utilizada quando sua aquisição é feita do atacadista, o que não é o caso, pois o fornecedor é uma importadora (fls. 659 a 664), sendo equiparada a indústria pela legislação da Bahia, após a redação dada ao Anexo 88, do RICMS/97, pelo Decreto nº 7.824/00, devendo ser aplicada a MVA de 70%.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, ficando o valor originariamente exigido de imposto, reduzido para R\$388.658,95, após as exclusões das ocorrências de 31/03/2001 nos demonstrativos das infrações 3 e 4 à fl. 04. Os valores das multas por descumprimento de obrigação acessória no total de R\$62.292,28 ficam mantidos, devendo, ainda, ser homologado os valores porventura pagos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **279104.0100/03-0**, lavrado contra **EBD NORDESTE COMÉRCIO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$388.658,96**, sendo R\$32.632,10, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a” da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios e R\$356.026,86, acrescido das multas de 60% sobre R\$235.345,65 e 70% sobre R\$120.681,21, previstas no inciso, II, “a” e “d” e III, da citada lei e artigo, e dos acréscimos legais correspondentes; além das multas no montante de **R\$62.292,28**, previstas no art. 42, XIII-A, “f” e XIV, da mesma lei supra citada, devendo ser homologado os valores porventura pagos.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de março de 2004.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA - PRESIDENTE

LUIZ ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADOR