

A. I. Nº - 298621.0008/05-4
AUTUADO - SIDNEI FERREIRA DIAS
AUTUANTE - ERIVALDO DE LIMA SILVA
ORIGEM - INFAS SERRINHA
INTERNET - 28.04.2006

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0137-01/06

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADA DE MERCADORIA. 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 decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Revisão procedida pelo autuante reduz o valor do imposto exigido. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS EFETUADAS POR MICROEMPRESA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Com o advento do SimBahia, as empresas cadastradas nesse regime somente estão obrigadas a antecipar o ICMS em relação às mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. Deste modo, a infração é nula em referência aos exercícios de 2000, 2001 e 2002. Tendo ficado caracterizado que a cobrança concernente ao exercício de 2004 se referiu à antecipação parcial, fica mantida essa parcela da infração. Infração parcialmente caracterizada. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. VALOR SUPERIOR AO DESTACADO NO DOCUMENTO FISCAL. Infração confirmada. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. DADOS INCORRETOS. MULTA. Infração não elidida. 5. LIVROS FISCAIS. LIVRO CAIXA. FALTA DE ESCRITURAÇÃO. MULTA. Infração comprovada. 6. DOCUMENTOS FISCAIS. ARQUIVOS MAGNÉTICOS. FALTA DE APRESENTAÇÃO QUANDO REGULARMENTE INTIMADO. CONTRIBUINTE USUÁRIO DE SEPD PARA EMISSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. MULTA. Descumprimento de obrigação acessória. Multa de 1% sobre o valor das operações realizadas. Infração comprovada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/06/2005, atribui ao autuado as seguintes infrações:

01 – Omitem saídas de mercadorias tributáveis, apurada através da verificação de entradas não registradas, conforme Demonstrativo de Notas Fiscais de Entrada não Escrituradas, correspondentes aos exercícios de 2000, 2001, 2002, 2003 e 2004, com exigência de ICMS no valor de R\$ 24.416,01, acrescido da multa de 70%;

02 – Recolheu a menos o ICMS por antecipação tributária, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, referentes aos exercícios de 2000, 2001, 2002 e 2004, exigindo ICMS no valor de R\$ 810,30, acrescido da multa de 50%;

03 – Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, com ICMS no valor de R\$ 2.902,09, acrescido da multa de 60%;

04 – Declarou incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME. Apresentou DME's dos exercícios de 2000 a 2004 com os valores incorretos das entradas, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 140,00;

05 – Microempresa e Empresa de Pequeno Porte com Receita Bruta Ajustada superior a R\$ 30.000,00 sem escrituração do Livro Caixa nos exercícios de 2000 a 2002, sendo aplicada a multa no valor de R\$ 460,00;

06 – Deixou de fornecer arquivos magnéticos do período de junho a dezembro de 2004, exigidos mediante intimação, quando estava obrigado, por se encontrar enquadrado como normal e com atividade de atacadista, sendo aplicada a multa percentual de 1%, que representou o valor de R\$ 1.361,01.

Consta que fazem parte do Auto de Infração os seguintes demonstrativos: de Notas Fiscais não Registradas dos exercícios de 2000 a 2004, de Cálculo da Antecipação/Substituição Tributária, de Cálculo da Antecipação Parcial, de Crédito Indevido e das Saídas do período de junho a dezembro de 2004. Observa-se ainda que foram devolvidos todos os livros e documentos arrecadados durante a ação fiscal e que foram entregues cópias das notas fiscais e dos demonstrativos citados.

O autuado apresentou defesa às fls. 61 e 62, alegando, preliminarmente, estar o Auto de Infração sujeito à nulidade por não preencher os requisitos previstos no Código Tributário Nacional.

No mérito, argumentou que a autuação improcede, de acordo com as considerações que declinou sobre cada uma das infrações, conforme segue:

Infração 01 – Argüiu que a imputação não deve ser considerada, por não terem sido apresentadas as notas fiscais para o seu conhecimento e que em relação ao exercício de 2003 consta na Secretaria da Fazenda um comunicado dando conta que as notas fiscais foram queimadas e, ainda, por constar no livro Registro de Entradas a comprovação de notas fiscais registradas (fls. 80 a 85); asseverou constar no sistema da SEFAZ uma arrecadação de R\$ 40.343,18 relativa ao período 2000 a 2004, afirmando que se fossem discriminados os códigos correspondentes, se verificaria que a maior parte seria daquelas notas fiscais.

Infração 02 – Disse que esse item não procede, considerando que o recolhimento fora efetuado com base em informação do valor, prestada, à época, por funcionário da própria SEFAZ, sendo que por se tratar de microempresa, no caso de biscoitos, a substituição tributária entrou em vigor a partir de 01/06/2001 e que as demais mercadorias que não estão no Anexo 88 estão desobrigadas da antecipação tributária, conforme notas fiscais anexadas.

Infração 03 – Alegou não ser responsável por esta infração, pois fora solicitado ao fornecedor que enviasse a diferença do crédito, porque não se tratava de microempresa e sim de empresa normal, além de que por se tratar do produto óleo de soja, para o qual a margem de lucro é quase zero, não sendo justo não se beneficiar do crédito, já que a empresa tem que dar saída com alíquota de 17%. Manifestou o entendimento de que o Estado deveria intimar o fornecedor, Cargil Agrícola S/A, a recolher a diferença para o erário público, conforme notas fiscais em anexo.

Infração 04 – Argumentou que a multa aqui aplicada não procede por se referir a diferenças mínimas, que não prejudicam o Estado.

Infração 05 – Como se trata de microempresa e constar todos os lançamentos nos livros Registro de Entrada e de Saída, conforme apresentado à fiscalização, a acusação não procede.

Infração 06 – Disse ter passado à condição de normal a partir de abril de 2004 e que por ser sócio de outra empresa, a mesma não tem ECF por estar isenta dessa obrigação, por se tratar de empresa pequena e que somente a partir de janeiro de 2006 estaria obrigada a apresentar o arquivo magnético.

Concluiu requerendo a improcedência do Auto de Infração, sob a alegação do mesmo não ter amparo legal, nem seguir as normas ditadas pelo CTN, pleiteando também a juntada por parte da SEFAZ, das notas fiscais não registradas e dos DAE's do período de janeiro de 2000 a dezembro de 2004, por estes terem sido extraviados.

O autuante apresentou informação fiscal às fls. 113 a 115, alegando, a princípio, ser difícil a compreensão dos argumentos defensivos, inclusive pelo fato de ter sido requerido ao mesmo tempo a nulidade e a improcedência da autuação.

Disse que a defesa referente à infração 01 é confusa, por alegar que as notas fiscais foram queimadas, que foram escrituradas no livro Registro de Entradas, que efetuara recolhimentos no valor de R\$ 40.343,18 e, por fim, solicitou a apresentação das notas fiscais não escrituradas. Argumentou que as notas fiscais de entrada que foram escrituradas, haviam sido apresentadas pelo autuado e, desse modo não foram queimadas e que, entretanto, foram encontradas outras notas fiscais não escrituradas, capturadas através do CFAMT, anexadas neste PAF, que geraram a presunção da ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem o pagamento do ICMS.

No tocante à infração 02, argüiu que as mercadorias correspondentes às notas fiscais relacionadas no Demonstrativo de Substituição Tributária, fazem parte do inciso II, do art. 353, do RICMS/97, caso em que o imposto devido independe de quem o calculou, devendo ser pago o valor corretamente calculado de acordo com a legislação, mesmo porque o Dec. 7.947/01 estabelece a substituição tributária para o produto biscoito, independente do tipo de empresa.

Quanto à infração 03, disse que o autuado alegou não ser culpado, como se estivesse enquadrado como microempresa, asseverou, porém, que o art. 93, §4º, do RICMS/97, que transcreveu, estabelece que o contribuinte somente pode se creditar de imposto incorretamente destacado no documento fiscal, quando houver a sua regularização, através de emissão de documento fiscal complementar.

Em relação à infração 04, destacou que além dos valores informados nas DME's não corresponderem às entradas apresentadas, ocorreram omissões de valores do livro Caixa e também foram omitidos todos os valores das notas fiscais capturadas no CFAMT em todos os exercícios, conforme DME's em anexo, tendo sido descumprido o transcrito art. 335, § 2º, do RICMS/97.

Transcrevendo o art. 408-C, inciso VI, alínea “a”, do RICMS/97, disse não proceder a alegação defensiva relativa à infração 05, considerando estar ali prevista a obrigatoriedade das microempresas e empresas de pequeno porte escriturarem o livro em referência, quando sua receita bruta for superior a R\$ 30.000,00.

Tratando da infração 06, assegurou ter considerado apenas o período iniciado em 01/05/2004, quando a empresa passou à condição de normal com atividade de comercial atacadista, conforme preceitua o transcrito art. 708-A, § 5º, do RICMS/97, estabelecendo a obrigatoriedade da entrega do arquivo magnético.

Manteve o lançamento do crédito tributário, com base em ajustes realizados, conforme novos demonstrativos que anexou às fls. 116 a 126, através dos quais o montante do débito foi alterado

de R\$ 30.089,41 para R\$ 29.100,15 observando que foram verificadas novas informações, que justificaram as alterações dos valores originais constantes do Auto de Infração.

Através de intimação de fl. 170, o autuado foi cientificado quanto à concessão do prazo de 10 (dez) dias para se manifestar a respeito da informação fiscal, dos novos demonstrativos e das notas fiscais acostados pelo autuante, dos quais recebeu cópias no ato.

À fl. 173 consta manifestação do autuado, quando manteve a defesa anterior, argumentando não haver recebido cópias dos DAE's e das notas fiscais não registradas, alegando que, deste modo, não haveria prova de que sua empresa tivesse realizado as compras e afirmando, ainda, que quando alegara que notas fiscais haviam sido queimadas, não se referia a todos os documentos, porém apenas àqueles que se encontravam no estabelecimento, uma vez que parte das notas se encontrava com o contador, as quais foram registradas. Argüiu que se houvesse pago o débito lançado no Auto de Infração, com a redução ficaria num total de R\$ 34.801,30, enquanto que com as alterações procedidas, mesmo com o valor principal tendo sido reduzido, pagaria um total de R\$ 42.290,20, o que, a seu ver, prova que o estado não quer receber.

Considerando que a infração 01 é lastreada em vias de notas fiscais capturadas através do sistema CFAMT; Considerando que não foi juntada aos autos parte das notas fiscais acima referidas; Considerando que não constam dos autos provas referentes à entrega ao autuado das cópias das notas fiscais colhidas através do CFAMT, correspondentes aos exercícios de 2001 e 2004, esta 1ª JJF, em pauta suplementar (fls. 182/183), deliberou que o processo fosse encaminhado à INFRAZ SERRINHA, para que o autuante, ou outro auditor fiscal a ser designado, adotasse as seguintes providências:

- 1) Anexasse ao PAF as vias das notas fiscais 459.572 e 212.149, referentes à infração 01, que não constam dos autos;
- 2) Fornecesse ao autuado, cópia dos documentos fiscais arrecadados no CFAMT, constantes às fls. 26 a 55 do PAF, além daqueles citados no item anterior;
- 3) Havendo divergências, elaborasse novo Demonstrativo de Débitos.

Em seguida, a Repartição Fazendária deveria entregar ao autuado, cópia do demonstrativo elaborado pelo diligente. Na oportunidade, deveria ser informado ao autuado da reabertura do prazo de defesa de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos a respeito do resultado da diligência.

Havendo manifestação do autuado, deveria ser dada ciência ao autuante, para que elaborasse nova informação fiscal, com base nos resultados dos itens precedentes e abrangendo todos os aspectos da defesa, com fundamentação, considerando o disposto no art. 127, § 6º do RPAF/99.

Em atendimento à diligência requerida, o autuante informou à fl. 185, ter alterado os valores correspondentes aos exercícios de 2002 e 2003, em relação à Infração 01, em razão da não apresentação pela GETRA/SEFAZ, das Notas Fiscais 459.572 e 212.149, alterando os débitos daqueles períodos, respectivamente, para R\$ 1.207,48 e R\$ 3.870,52. Acrescentou terem sido anexados ao PAF os novos demonstrativos (fls. 186 a 190).

Através de documentos de fls. 191/192, o autuado recebeu cópia da informação fiscal e dos novos demonstrativos elaborados pelo autuante, bem como das notas fiscais de fls 26 a 55.

Apresentando nova manifestação à fl. 194, o autuado manteve o posicionamento apresentado em sua peça de defesa.

VOTO

Da análise das peças constitutivas do presente processo, constato que a autuação decorreu da verificação de ocorrência das seguintes infrações: omissão de saídas de mercadorias tributáveis,

decorrentes de entradas não registradas; recolhimento a menos do imposto por antecipação na condição de empresa enquadrada no SimBahia; uso de crédito fiscal em valor superior ao destacado nos documentos fiscais; declaração incorreta dos dados apresentados nas DME's; falta de escrituração do livro Caixa; além da falta de fornecimento de arquivo magnético.

Tendo o sujeito passivo apresentado reclamação quanto à falta de recebimento das notas fiscais coletadas através do Sistema CFAMT, esta 1^a JJF converteu o processo em diligência, tendo sido repassados ao sujeito passivo todos os documentos que embasaram a ação fiscal, o que lhe possibilitou exercer a ampla defesa e o contraditório, tendo o processo administrativo fiscal, deste modo, seguido o disposto no artigo 39, do RPAF/99, com a entrega de todos os papéis de trabalho que originaram o lançamento tributário das infrações imputadas, os quais lhe permitiram a verificação dos valores apurados. Não há, assim, como enquadrar o lançamento em nenhum dos incisos do artigo 18 do RPAF/99, pelo que rejeito as preliminares argüidas pelo sujeito passivo.

No mérito, na infração 01, exige-se ICMS em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

De acordo com § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02:

“Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

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 existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção”. (grifos deste relator)

Este Conselho de Fazenda, através de diversos Acórdãos publicados, já consolidou a jurisprudência em relação à aplicação da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias ou bens não registrados, comprovado pelas vias de notas fiscais retidas através do CFAMT, que é o caso da lide. Verifico, inclusive, que as notas fiscais objeto da autuação foram todas destinadas ao autuado e que este não contestou este fato.

Constatou que nas revisões realizadas pelo autuante, a primeira quando da informação fiscal e, posteriormente, ao atender a diligência desta 1^a JJF, o montante do débito deste item da autuação foi reduzido de R\$ 24.416,01 para R\$ 21.129,39. Ressalto que, de forma acertada, foram excluídos dos demonstrativos os lançamentos correspondentes às notas fiscais não anexadas ao PAF pela fiscalização. Observo, entretanto, que em relação exercício de 2000 houve majoração do débito no valor de R\$ 184,96, contudo, tendo em vista o disposto no art. 156 do RPAF/99, tal diferença deverá ser objeto de nova ação fiscal a ser determinada pela autoridade competente, devendo ser exigido na presente autuação apenas o valor inicialmente calculado; já em referência ao exercício de 2004, verifico que no levantamento original (fl. 10), o autuante incorreu em equívoco, ao conceder o crédito presumido de 8% em relação aos meses de maio a setembro, desde quando o autuado passou à condição de NORMAL, a partir de 01/05/2004, não fazendo, portanto, jus a essa dedução. Deste modo, o débito corretamente calculado para esse exercício é de R\$ 11.891,50, porém, de acordo com o dispositivo acima citado, cabe, nesta ação fiscal, tão somente, a exigência do valor originalmente calculado, devendo a diferença de R\$ 5.499,16 ser motivo da nova ação fiscal a ser empreendida. Informo na planilha abaixo os valores remanescentes da presente exigência fiscal.

Data de ocorrência	ICMS original (R\$)	ICMS da revisão (R\$)	ICMS remanescente (R\$)
31/12/2000	2.257,02	2.441,98	2.257,02
31/12/2001	7.217,07	7.217,07	7.217,07
31/12/2002	2.067,72	1.207,48	1.207,48
30/12/2003	6.481,86	3.870,52	3.870,52
31/12/2004	6.392,34	6.392,34	6.392,34
TOTAIS	24.416,01	21.129,39	20.944,43

Ressalto que o argumento defensivo referente à destruição de parte de suas notas fiscais não tem nenhuma influência neste caso, desde quando a autuação decorrerá da constatação da omissão de registro de notas fiscais de entrada, cujas cópias estão acostadas aos autos. Deste modo, mantendo parcialmente a infração 01, no valor de R\$ 20.944,43.

Na infração 02, exige-se o ICMS que fora recolhido a menos no cálculo da antecipação tributária, pela condição de empresa enquadrada no SimBahia. Observo que tal exigência, conforme previsão contida no art. 391-A, do RICMS/97, se restringe às aquisições interestaduais por empresas cadastradas no Regime do SimBahia, tão somente de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária. No caso da lide, verifico que em relação aos lançamentos correspondentes aos exercícios de 2000, 2001 e 2002, não existem nos autos comprovação de que as mercadorias adquiridas estariam enquadradas na substituição tributária.

Já em relação ao exercício de 2004, apesar desta infração se referir à substituição tributária, o demonstrativo de fl. 12 foi elaborado para exigência da antecipação parcial, motivo pelo qual esta exigência deve ser mantida. Deste modo, esta infração é procedente em referência ao exercício de 2004, no valor de R\$ 108,02, sendo nula no que concerne aos demais exercícios, caso em que recomendo à autoridade competente que analise a possibilidade de determinar a renovação dos procedimentos, a salvo de falhas.

Verifico que nas novas planilhas anexadas pelo autuante às fls. 124/125, ocorreram modificações diversas referentes aos débitos correspondentes a todos os exercícios fiscalizados, referentes a este item da autuação, tendo sido acrescentados no levantamento novos documentos fiscais, motivo pelo qual sugiro que os mesmos sejam incluídos na nova ação fiscal.

No que se refere à infração 03, que trata de uso de crédito fiscal em valor superior ao destacado em documentos fiscais, observo que as alegações defensivas são destituídas de fundamentação legal, pois de acordo com § 4º, do art. 93, do RICMS/97, somente é admissível a utilização de crédito fiscal incorretamente calculado, referente a documento fiscal no qual conste destaque a menos do imposto, quando for emitido documento fiscal complementar, o que não ocorreu no caso da lide. Assim, fica mantida esta infração.

Contestando a infração 04, que se refere à declaração incorreta dos dados apresentados nas DME's, o autuado simplesmente argüiu que a omissão se referiu a valores inexpressivos e que, por esse motivo eram irrelevantes. Da análise das DME's, notadamente daquela referente ao exercício de 2004, comprovo a existência das divergências apontadas na autuação e, desse modo, esta infração fica mantida.

No caso da infração 05, que se refere à falta de escrituração do livro Caixa no exercício de 2004, o autuado defendeu-se dizendo que por se tratar de microempresa e ter efetivado os lançamentos nos livros Registro de Entrada e de Saída, estaria dispensado da escrituração do referido livro. Observo, no entanto, que no art. 408-C, inciso VI, alínea "a", do RICMS/97, consta expressamente tal obrigatoriedade. Além do mais, como dito acima, o sujeito passivo, a partir de 01/05/2004, passou à condição de NORMAL, o que reforça meu entendimento quanto à procedência desse item da autuação.

Em relação à Infração 06, vejo que a mesma está de acordo com o § 5º do art. 708-A, do RICMS/97, transcrito abaixo, onde consta a previsão de que o contribuinte que exerce atividade de comércio atacadista, caso do autuado, deverá entregar o arquivo magnético, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000.

"Art. 708-A. O contribuinte do ICMS usuário de SEPD deverá entregar o arquivo de que trata este capítulo, referente ao movimento econômico de cada mês, a partir do mês de outubro de 2000, inclusive, contendo a totalidade das operações de entrada e de saída e das prestações de serviços efetuadas e tomadas:

§ 5º Aplica-se o disposto neste artigo ao contribuinte inscrito no cadastro de contribuintes do ICMS deste Estado que exerce atividade econômica de comércio por atacado, mesmo que não seja usuário de SEPD para emissão de documentos fiscais ou para escrituração de livros fiscais".

Verifico no demonstrativo elaborado pelo autuante que foi apurado o débito em relação ao montante das saídas do período de junho a dezembro de 2004. Infração procedente.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298621.0008/05-4, lavrado contra **SIDNEI FERREIRA DIAS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 23.954,54**, sendo R\$ 20.944,43 acrescido da multa de 70% prevista no inciso III do art. 42, da Lei 7.014/96, R\$ 108,02 acrescido da multa de 50% e R\$ 2.902,09 acrescido da multa de 60%, previstas respectivamente nos incisos I, alínea "b" e VII, alínea "a", do mesmo artigo e lei e dos acréscimos legais, além da multa no valor de **R\$ 1.961,00**, prevista nos incisos XVIII, alínea "c", XV, alínea "i" e XIII-A, alínea "g", dos citados artigo e lei, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de abril de 2006.

CLARICE ANÍZIA MÁXIMO MOREIRA – PRESIDENTE

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA – RELATOR

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – JULGADOR