

A. I. Nº - 206911.0003/06-1
AUTUADO - MARIA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS JACUIPENSE
AUTUANTES - JALDO VAZ COTRIM, ADAIR ZAMBONI RIBEIRO e JOÃO FLÁVIO M. DE FARIA
ORIGEM - IFEP/NORTE
INTERNET - 06/06/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0133-05/07

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS 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 decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. O autuado não comprovou a origem dos recursos. No entanto, em relação ao exercício de 2003, quando o autuado estava inscrito na condição de microempresa, deve ser aplicada a multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, referente às notas fiscais que não foram informadas na Declaração de Movimento Econômico de Microempresa, de acordo com a Lei nº 8.534/02 que acrescentou ao art. 42, da Lei nº 7.014/96 o inciso XII-A, com efeitos a partir de 01/01/03. Rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Infração parcialmente caracterizada. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. 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 subseqüentes, com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação. Exigência fiscal subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 31/03/2006, exige o ICMS no valor de R\$189.600,19, acrescido das multas de 60% e 70%, em razão das seguintes irregularidades:

1 - Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares, referente operações não escrituradas nos livros fiscais próprios. Imposto apurado através da circularização de informações fiscais junto a fornecedores e com base nos arquivos do sistema CFAMT, tendo sido constatado omissões de entradas de mercadorias, através do exame do livro Registro de Entradas e as cópias das notas fiscais arroladas no processo - R\$5.179,06;

2 – Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Constatação através da circularização de informações fiscais junto a fornecedores,

verificando que os documentos fiscais de entradas extrapolam os valores apresentados nas DMEs referente aos anos de 2002 e 2003 - R\$128.799,49;

3 – Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação – R\$ 55.621,64.

O autuado, em impugnação às fls. 383/396 dos autos, inicialmente suscita como preliminar de nulidade que houve tipificação equivocada da infração 2. Alega que se encontrava inscrito no regime simplificado de apuração – SIMBAHIA no período de 30/08/2001 a 30/04/2004 e que, portanto, estaria dispensada de certas obrigações acessórias, dentre elas a da escrituração dos livros fiscais, como o Registro de Entradas de Mercadorias. Reclama que foi citado no enquadramento legal o art. 322, do RICMS que se refere ao livro Registro de Entradas, enquanto se está exigindo imposto por omissão de saídas de mercadorias, apurada através de entradas não registradas. Entende que o único meio de legitimar a pretensão fiscal seria o de observar os demais métodos indicados na legislação, a exemplo do levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado. Discorre, ainda, sobre o tema substituição tributária, considerando um excesso de exação a exigência de imposto sobre mercadorias comercializadas pela empresa que estão sujeitas ao regime da substituição tributária. Transcreve o art. 150, §7º, da C.F., visando amparar seu entendimento.

No mérito, em relação à primeira infração, alega que o Anexo 3 do Auto de Infração, arrola mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, cujo imposto teria sido recolhido em etapa anterior, "não havendo razão para qualquer exação fiscal em relação à impugnante". Contesta também a aplicação da multa de 70%, entendendo que seria devida se houvesse ocorrido levantamento fiscal, inclusive Levantamento Quantitativo de Estoques, e não pela simples utilização de informações constantes em Arquivos Magnéticos, a exemplo do CFAMT.

No que diz respeito à segunda infração, argumenta que não deve ser exigida a escrituração do livro Registro de Entradas, arguindo a sua condição de empresa inscrita no SIMBAHIA, alegando, ainda, a impropriedade de infração ao disposto no art. 322, do RICMS/97, pelo fato do Fisco ter ultrapassado o limite do razoável. Questiona a "validade do documento eletrônico, como meio de prova" referindo-se no particular ao CFAMT. Faz também considerações a respeito da preterição do Fisco ao procedimento fiscal adequado a ser aplicado, que a seu ver, deveria ser o Levantamento de Estoques.

Ao final, solicita a improcedência da infração 1 ou aplicação da multa de 1% (art. 42, XI, da Lei nº 7.014/96); a nulidade da infração 2 ou a procedência parcial com base nos demonstrativos às fls. 403 e 404; além da realização de diligência para apurar a veracidade dos demonstrativos anexados.

O autuante Jaldo Vaz Contrim, em informação fiscal às fls. 413/419, inicialmente refuta a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado asseverando inexistir qualquer elemento fático que se enquadre nas hipóteses de nulidade previstas no art. 18, do RPAF/99. Ressalta que mesmo não sendo exigida a escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias dentre as obrigações acessórias dos contribuintes inscritos no SIMBAHIA, tal prática não é proibida, e tendo a empresa efetuado a sua escrituração espontaneamente e disponibilizado ao fisco o citado livro, passa este a servir como meio de prova e base de dados das entradas verificadas nos exercícios de 2002 e 2003, comprovando o não arrolamento de parte das notas fiscais informadas nas DMEs (fls. 357/358). Acrescenta que a infração em análise (segunda) esta demonstrada através dos Anexos 1 e 2 (fls. 12 a 15 e 166 a 168), comprovando as omissões de informações de entradas de mercadorias perpetradas, ensejando a cobrança do ICMS a partir da presunção da ocorrência de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis cujas receitas patrocinaram as aquisições das

mercadorias com entradas ora omitidas. Aduz que as notas fiscais fazem parte dos Anexos 1-A e 2-A às fls. 143 a 164 e 288 a 312.

No mérito, em relação à primeira infração (período de maio a dezembro/04), diz que o autuado incorre em uma interpretação equivocada dos fatos, quando ignora o caráter presuntivo da autuação, enfocando tão somente as notas fiscais arroladas no citado Anexo 3, porém olvidando que o fato gerador da obrigação tributária reside efetivamente na ocorrência de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, cujas receitas patrocinaram as aquisições das mercadorias com entradas ora omitidas.

Quanto ao pleito para aplicação da multa de 1% (entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal), sob alegação de que o imposto já tinha sido pago por antecipação, ressalta que “o caráter presuntivo da ocorrência de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, desconsidera o tratamento tributário dispensado, intrínseco às entradas ora omitidas, haja vista a extemporaneidade da vinculação, cujo fato gerador da obrigação ocorreu anteriormente”.

No que diz respeito à segunda infração (período de 30/08/2001 a 30/04/2004), diz que o autuado não observou atentamente as peças do Auto de Infração, uma vez que não houve qualquer alusão ao livro Registro de Entradas, e sim, aos demonstrativos dos Anexos 1 e 1-A; 2 e 2-A ; bem como cópias de todas as notas fiscais neles arroladas, e das DME's pertinentes, juntadas às fls. 11 a 312; e 356 a 358. Ressalta que se encontram nos autos cópias de todas as notas fiscais originariamente apresentadas pelo autuado, acrescidas de outras obtidas através dos arquivos do CFAMT e da circularização de informações promovida pelo Fisco junto aos próprios fornecedores do autuado.

No que tange à terceira infração, diz que não houve contestação, limitando-se o autuado a alegar genericamente um pretenso excesso de exação por parte dos autuantes.

Ao final, dizendo que o autuado não apresentou qualquer argumento ou prova, que tivessem o condão de elidir a ação fiscal ora em litígio, solicita a manutenção “in totum” do Auto de Infração.

O primeiro relator deste processo solicitou diligência (fl. 424) para que os autuantes anexassem ao PAF cópia da diligência, pedido de verificação realizado em conjunto com o fisco de outros Estados, ou qualquer outro procedimento que culminou com a obtenção das notas fiscais arroladas neste processo.

O autuante Jaldo Vaz Contrim, em nova manifestação às fls. 427/428, informou ter juntado aos autos cópias dos seguintes documentos:

- a-) Ofício CONIF nº 10/2005 de 24/08/2005
- b-) Ofício CONIF nº 13/2005 de 29/08/2005
- c-) Ofício CONIF nº 14/2005 de 31/08/2005
- d-) Ofício CONIF nº 15/2005 de 02/09/2005
- e-) Requisição de Notas Fiscais - CFAMT nº 29.727
- f-) Requisição de Notas Fiscais - CFAMT nº 29.729
- g-) Requisição de Notas Fiscais - CFAMT nº 29.731
- h-) FAX-PEDINF-55/2005 COFEP/NORTE - de 12/04/2005
- i-) Carta-Resposta da Industrias Suavetex Ltda ao FAX-PEDINF-55/2005

O autuado, após tomar ciência da nova informação fiscal, novamente se manifestou às fls. 447 a 451 dizendo que a solicitação do relator pretendia que a diligência afastasse as dúvidas e incertezas existentes quanto à apuração da infração em decorrência das notas arroladas no Auto de Infração impugnado. Entende que a diligência realizada se mostrou absolutamente inútil para fazer a verificação pretendida pelo CONSEF, vez que se limitou a juntar cópia dos ofícios enviados aos fiscos de outros Estados, mas não esclareceu o procedimento que culminou na lavratura do Auto. Transcreveu o art. 7º, §2º, art. 61, §2º e art. 69, III, do RPAF/99, visando sustentar seu entendimento de que auditor fiscal estranho ao feito, à luz dos livros e documentos fiscais, dos demonstrativos anexados e demais documentos comprobatórios, deve verificar a veracidade das alegações defensivas, suprindo as falhas e obtendo as informações necessárias a regularidade do Auto de Infração. Ao final, solicita a realização de nova diligência, sob alegação de que a primeira foi incipiente.

O primeiro relator do PAF, entendendo que algumas comprovações anteriormente solicitadas ficaram pendentes, apresentou novo pedido de diligência (fls. 443/444), requerendo o seguinte:

I - que os autuantes anexassem ao PAF à comprovação de que as solicitações de diligência se referem às notas fiscais listadas nos demonstrativos pertinentes (fls. 429/31);

II - que fosse provado também que as mesmas foram entregues ao autuado, concomitantemente, a ciência no PAF em comento, bem como as notas fiscais relacionadas nos anexos I e II;

III – que não havendo essa comprovação, intimasse o contribuinte para receber as mesmas, repassando-as mediante recibo, reabrindo o prazo de defesa (30 dias).

Em atendimento ao novo pedido de diligência fiscal, o autuante Jaldo Vaz Contrim informou o seguinte às fls. 457 a 458:

“Quanto a inexistência de comprovação do repasse à Autuada, das notas fiscais constantes dos Anexos I e II (constantes no PAF como Anexos 1 e Anexo 2), esclarecemos que os documentos fiscais neles arrolados, correspondem em sua totalidade (excetuando-se as nºs grafadas em negrito) às notas fiscais apresentadas pela Autuada e constantes das suas DME - Declaração de Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, alusivas aos exercícios de 2002 e 2003 as quais foram devidamente devolvidas ao contribuinte quando do término da ação fiscal, fato este não questionado pelo próprio. Objetivando tornar mais transparente o processo de instrução do PAF em lide e diante das dificuldades operacionais proporcionadas pela inexistência de uma base dados das operações de entradas de mercadorias, haja vista a legislação do RICMS-Ba não exigir a escrituração do livro fiscal próprio, optamos em produzir os Anexos 1-A e 2-A nos quais foram arroladas todas as notas fiscais não apresentadas pela Autuada, tendo sido as mesmas coletadas pelo Fisco junto aos fornecedores, através dos arquivos da Sefaz-Bahia Programa CFAMT (Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito) e de ações da DPF/SEFAZ-Ba junto a fornecedores localizados em outras UF's. Todas as notas fiscais inseridas pelo fisco nos Anexos 1 e 2 encontram-se grafadas em negrito às fls. 14, 15 e 168 e também juntadas e arroladas nos Anexos 1-A e 2-A cujas cópias foram entregues à Autuada conforme protocolo constante das fls. 144 e 289”.

“Assim sendo, julgamos esclarecida a pretensa ausência de entrega de cópias das notas fiscais constantes dos Anexos 1 e 2 (I e II assim descritos no pedido de Diligência Fiscal emanado do CONSEF) porquanto tais documentos fiscais foram entregues pelo contribuinte ao fisco, haja vista constituírem a base de dados de sua movimentação comercial declarada nos Exercícios fiscalizados, inexistindo qualquer questionamento da Autuada quanto a efetiva devolução”.

“Quanto ao acostamento ao PAF em lide dos comprovantes constantes das fls. 429 a 432 referem-se às cópias de pedidos efetuados a outras UF's e repassadas aos Autuantes pela DPF/SEFAZ-Bahia, porquanto tal órgão coordenou a coleta de informações junto a fornecedores localizados em outras unidades da federação”. “No tocante às fls. 433 a 435, trata-se de notas fiscais coletadas

junto ao CFAMT Controle de Fiscalização automático de Mercadorias em Trânsito, mantido pela Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia, que comprovam a efetiva entrada das mercadorias pertinentes no território baiano. E finalmente, as solicitações a fornecedores localizados em outras UF's de notas fiscais constante das fls. 436 e 437 através do FAX-PEDINF/55/2005 enviado à empresa Suavetex Ltda em 12/04/2005 e respondido pela mesma em 29/04/2005 informando constar a AUTUADA como sua cliente cuja materialidade da prova da existência da realização de transações comerciais efetuadas constitui-se da Nota Fiscal número 13786 (fls. 338)".

VOTO

Inicialmente rejeito a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado, no que diz respeito à segunda infração, tendo em vista que não foi utilizado o livro Registro de Entradas para constatação da referida infração, que apurou omissões de informações de entradas de mercadorias, ensejando a cobrança do ICMS a partir da presunção da ocorrência de omissões de saídas anteriores de mercadorias tributáveis cujas receitas patrocinaram as aquisições das mercadorias com entradas omitidas. Portanto, é descabida a alegação defensiva de que haveria a necessidade de efetuar um levantamento quantitativo para apurar o imposto devido.

Como o contribuinte, no período em questão, estava inscrito na condição de microempresa, foi corretamente aplicada a alíquota de 17%, sobre o montante omitido (art. 408-S, do RICMS/97), porém com a concessão do crédito presumido de 8% previsto no § 1º do artigo 19, da Lei nº 7.357/98, não havendo desenquadramento do autuado, conforme o mesmo suscitou.

Deve ser acrescentado que o entendimento do autuado que houve tipificação equivocada da infração não aniquila o procedimento fiscal, de acordo com o que dispõe o art. 19, do RPAF/99, e considerando, ainda, que os demonstrativos que instruem o processo possibilitaram ao autuado o entendimento perfeito daquilo que lhe foi imputado.

Vale ainda ressaltar, que apesar do relator anterior ter solicitado em duas diligências a comprovação da origem dos documentos carreados aos autos, bem como da ciência do contribuinte a tais documentos, verifico que as mencionadas comprovações encontram-se presente nos autos através das notas fiscais colhidas na contabilidade da empresa, nas obtidas através de circularização nos fornecedores do estabelecimento (autorizadas pelos Ofícios CONIF – fls. 429 a 432) e nas notas fiscais colhidas nos Postos Fiscais (CFAMT), sendo que todos os documentos e demonstrativos fiscais foram repassados ao contribuinte mediante protocolo (fls. 15, 144, 168, 289, 320 e 349).

No mérito, as infrações 1 e 2 exigem ICMS em virtude da constatação de entradas de mercadorias não contabilizadas.

A respeito das infrações em comento, o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, alterado pela Lei nº 8.542, de 27/12/02, dispõe o seguinte:

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

(...)

§4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimidos 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 (grifo não original).

No que tange à primeira infração (período de maio a dezembro/04), quando o autuado estava inscrito na condição de normal, foi constatada a falta de registro no livro RE do contribuinte de

notas fiscais de entradas autorizando a presunção de omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, cujas receitas patrocinaram as aquisições das mercadorias com as entradas ora omitidas (Anexo 3 à fl. 314).

Portanto correta a exigência do imposto, com multa prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, descabendo a alegação do autuado de que se está exigindo novamente o imposto sobre mercadorias enquadradas no regime de antecipação tributária, uma vez que conforme acima esclarecido, o imposto cobrado diz respeito a omissão de saídas anteriores de mercadorias tributáveis, cujas receitas patrocinaram as aquisições das mercadorias questionadas pelo autuado, que tiveram suas entradas também omitidas.

Também não encontra guarida a pretensão do autuado pela aplicação da multa por descumprimento de obrigação acessória no percentual de 1% (entrada no estabelecimento sem o devido registro na escrita fiscal), uma vez que houve descumprimento de obrigação principal, conforme enquadramento legal acima transcrito.

Com relação à segunda infração (período de 30/08/2001 a 30/04/2004), como o autuado estava inscrito na condição de microempresa, o autuante apurou o imposto devido fazendo um cotejo (Anexos 1 e 2 às fls. 12/15 e 166/168) entre as notas fiscais de entradas emitidas para o autuado (fls. 16 a 164 e 169 a 312), e as DME's pertinentes (fls. 356 a 358). Constatou dessa forma, omissão de entradas e concedeu corretamente o crédito presumido de 8% previsto no § 1º do artigo 19, da Lei nº 7.357/98.

Todavia, em relação ao exercício de 2003, houve uma mudança na legislação estadual, e como o autuado estava inscrito na condição de microempresa, deve ser aplicada a multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, referente às notas fiscais que não foram informadas na Declaração de Movimento Econômico de Microempresa, de acordo com a Lei nº 8.534/02 que acrescentou ao art. 42, da Lei nº 7.014/96 o inciso XII-A, com efeitos a partir de 01/01/03.

Diante disso, o imposto a ser exigido para o exercício de 2003 fica transformado em multa no montante de R\$ 34.693,81, e o imposto cobrado para o exercício de 2002, resta mantido no valor de R\$66.350,62.

Vale ainda ressaltar, que o autuado não comprovou em nenhum momento a origem dos recursos para adquirir as mercadorias objeto das omissões acima mencionadas, que mesmo quando estava inscrito como microempresa poderia ter sido feita através das comprovações das aquisições contabilizadas no Livro Caixa.

No que se refere à terceira infração, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, não houve contestação por parte do sujeito passivo.

Diante da concordância tácita do autuado e dos demonstrativos acostados às fls. 318 a 320 e 339/340, que comprovam o cometimento da infração, resta mantida a exigência em tela.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, em função da redução do valor exigido na infração 2, que passa a apresentar o seguinte demonstrativo de débito:

Infração	Data Ocorrência	B. de Cálculo	Alíquota	Multa	Valor R\$
2	31/12/2002	390.297,76	17%	70%	66.350,62
2	31/12/2003	693.876,37	-	5%	34.693,81

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206911.0003/06-1, lavrado

contra **MARIA DA CONCEIÇÃO DOS SANTOS JACUIPENSE**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$127.151,32**, acrescido da multa de 60% sobre R\$ 55.621,64 e da multa de 70% sobre R\$71.529,68, previstas no art. 42, II, “d” e III, respectivamente, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$34.693,81**, prevista no art. 42, XII-A, da referida lei e dos acréscimos moratórios, de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta de julgamento recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 30 de maio de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

RAIMUNDO OLIVEIRA DOS SANTOS - JULGADOR