

A. I. N° - 206954.0002/07-9
AUTUADO - SUPERMERCADO VILADOURO LTDA.
AUTUANTE - IONE ALVES MOITINHO
ORIGEM - INFAZ VITÓRIA DA CONQUISTA
INTERNET - 09/07/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0207-03/07

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. Não comprovado pelo contribuinte o registro das notas fiscais no livro Caixa e a origem dos recursos. Deduzido o crédito presumido de 8% previsto no artigo 19, §1º, da Lei nº 7.357/98. 2 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO EFETUADO A MENOS. É devido o pagamento na primeira repartição fazendária do percurso de entrada neste Estado, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. 3 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (Convênio ou Protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. 4. SIMBAHIA. EMPRESA DE PEQUENO PORTE. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Deixou de recolher o ICMS devido no prazo regulamentar. 5. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. ENTRADA DE MERCADORIAS. OMISSÃO DE DADOS. MULTA. Deixou de declarar entradas de mercadorias nas informações econômico-fiscais apresentadas na declaração anual de empresa de pequeno porte. Rejeitada a preliminar de nulidade sob a arguição de cerceamento de defesa. Infrações caracterizadas. Auto de Infração **PROCEDENTE. Decisão unânime.**

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/03/2007, reclama ICMS no valor de R\$363.440,84, acrescido das multas de 70% e 50%, e aplica penalidade pecuniária por descumprimento de obrigação acessória no montante de R\$5.115,95, decorrentes das seguintes irregularidades:

1. omissão de saídas de mercadorias apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, da descrição dos fatos, que ficou comprovada a omissão de saídas de mercadorias que foram realizadas para acobertar entradas de mercadorias, referentes às quais as notas fiscais não foram arquivadas e não foram lançadas na DME e no livro Caixa, o que autoriza a cobrança de imposto por presunção de omissão de receita. As notas fiscais não computadas foram capturadas pelo Fisco no trânsito de mercadorias (CFAMT) e identificadas através do Sistema SINTEGRA mediante circularização junto aos fornecedores, lançadas na planilha de cálculo da omissão de receitas, cópias das notas fiscais, relações de notas fiscais e cópias das DMEs. Período de janeiro/2004 a dezembro/2005. ICMS no valor de R\$121.661,23.
2. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período de março/2004 a dezembro/2005. ICMS no valor de R\$37.222,15.
3. Falta de recolhimento do ICMS devido por substituição tributária, na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Período de janeiro/2004 a setembro/2005. ICMS no valor de R\$202.349,72.
4. Falta de recolhimento do ICMS, no prazo regulamentar, na condição de empresa de pequeno porte. Período de março a julho/2006. ICMS no valor de R\$2.207,74.
5. Omissão de entrada de mercadorias no estabelecimento, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME - Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Período de janeiro a dezembro/2005. Multa no valor de R\$5.115,95.

O autuado, por intermédio de advogado legalmente constituído, procuração à fl. 245, apresenta manifestação tempestiva, à fl. 244, na qual alega que foi lavrado Auto de Infração e que “a auditora fiscal, no auto informou ter adunado as notas fiscais junto ao auto de infração, e ainda, houve por parte do mesmo uma discriminação de produtos que torna impossível especificá-los, atribuindo alíquota em percentual único (17%).”

Prossegue afirmando que “tal procedimento torna inviável a defesa do autuado, bem como, fere diretamente o princípio constitucional da ampla defesa, (...) pois não houve por parte daquela auditora detalhamento dos produtos de que se tratava os diverso(s) documentos que veio a gerar a suposta infração.” Aduz que o autuado, até 11/05/2007, não teria recebido o restante da documentação prometida pela autuante, e conclui requerendo que a autuante seja notificada “a apresentar notas fiscais por ele mencionadas no Auto, a fim de que a empresa autuada possa promover defesa.”

A autuante apresentou informação fiscal às fls. 254 a 256, preliminarmente relatando os termos da autuação e da sua impugnação. A seguir informa que, em razão das irregularidades constatadas serem de natureza grave, conforme Decreto Estadual nº 7.867/00, o autuado perdeu o direito ao tratamento tributário previsto para o SimBahia, motivo pelo qual foi atribuída a alíquota de 17%, concedendo-se o crédito de 8% sobre o valor das saídas, tudo conforme artigos 408-L e inciso V, 408-S e § 1º, ambos do RICMS/BA, e artigo 19, § 1º, da Lei nº 8.354/02.

Quanto às infrações 01, 02, 04 e 05, afirma que não há necessidade de detalhamento dos produtos, porque a autuação tomou por base material a constatação de entradas não registradas, e que na infração 03 houve a discriminação dos produtos por se tratar de mercadorias sujeitas à substituição tributária, com utilização da MVA de acordo com o produto e a Unidade da Federação.

Assegura não ter havido violação à ampla defesa do autuado, porque o Auto de Infração e todos os demonstrativos estão assinados pelo próprio sócio responsável e foram entregues todas as cópias das notas fiscais que compõem o PAF, conforme se verifica às fls. 33 a 40 (infrações 01 e 02), 219 a 223 (infração 03), 240 (infração 04) e 22 a 32 (infração 05), além de estar anexado, à fl. 257, cópia do protocolo de devolução da documentação entregue pelo autuado para fiscalização,

assinado pelo sujeito passivo na data da assinatura do Auto de Infração. Mantém os valores originais do débito, e requer a procedência do Auto de Infração.

VOTO

Não acato a preliminar de nulidade sob a arguição de cerceamento de defesa, uma vez que estão definidos com clareza o autuado, o montante do débito e o fato gerador das infrações apuradas, estando o Auto de Infração lastreado nos demonstrativos de fls. 33 a 40 (infrações 01 e 02), 219 a 223 (infração 03), 240 (infração 04) e 22 a 32 (infração 05), nos quais consta o recibo do autuado de que recebeu cópias dos mesmos e das notas fiscais neles elencadas, na mesma data em que tomou ciência do Auto de Infração, 12/04/2007 (fls. 04 e 07). Consta ainda, à fl. 257, cópia do Termo de Arrecadação de Livros e Documentos e seu respectivo comprovante de devolução, ambos assinados pelo sujeito passivo, com a comprovação de que os livros e documentos arrecadados foram devolvidos ao impugnante também em 12/04/2007. Foi respeitado o direito de ampla defesa, e o sujeito passivo o exerceu tempestivamente. Pelo fato de já ter recebido, no prazo regulamentar, toda a documentação atinente ao Auto de Infração, como comprovam os documentos citados, não subsiste o pedido do sujeito passivo para que a autuante lhe entregue as notas fiscais objeto da autuação, que comprovadamente já estão em seu poder.

No mérito, o Auto de Infração em estudo trata de cinco imputações, das quais as quatro primeiras referem-se ao não recolhimento de ICMS em razão de: 01) falta de contabilização de entradas de mercadorias; 02) aquisição interestadual de mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária (antecipação parcial); 03) aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária; 04) falta de recolhimento tempestivo de ICMS calculado sobre sua receita bruta mensal, na condição de empresa de pequeno porte. A infração 05 trata de multa pelo descumprimento da obrigação acessória de declarar as entradas de mercadorias, ocorridas no exercício, em sua Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – DME atinente ao ano-base de 2005.

O autuado estava inscrito no cadastro de contribuintes de ICMS da Bahia como microempresa no período de 12/2001 a 03/2004, passando a empresa de pequeno porte de abril/2004 a julho/2006, estando, portanto, enquadrado no Regime Simplificado de Apuração - SimBahia durante os meses objeto da ação fiscal, janeiro de 2004 a julho/2006.

Quanto à infração 01, falta de contabilização de entradas de mercadorias, a empresa inscrita no SimBahia não está dispensada da escrituração do livro Caixa, conforme disposto no art. 408-C, VI, “a” do RICMS,

art. 408-C. As microempresas, as empresas de pequeno porte e os ambulantes são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes:

VI - escrituração:

a) do livro Registro de Inventário e, em substituição à apresentação da escrita mercantil, do Livro Caixa, com o registro de sua movimentação financeira, inclusive bancária, tratando-se de empresas de pequeno porte e microempresas com Receita Bruta superior a R\$ 30.000,00 (trinta mil reais);

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, conforme expresso no § 4º do artigo 42 da Lei nº 7.014/96:

art. 42.

§4º O fato de (...), bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas (...), autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao

contribuinte a prova da improcedência da presunção.

O impugnante não apresentou prova do registro das notas fiscais no seu livro Caixa, e nem da origem dos recursos com os quais efetuou os pagamentos das operações atinentes às notas fiscais listadas nos demonstrativos de fls. 33 a 40 do processo, atinentes a esta infração. Portanto, esta presunção não foi elidida.

Nos termos dos artigos 15, V, e 19, § 1º, da Lei nº 7.357/98, tema regulamentado pelos artigos 408-L, V, e 915, III, ambos do RICMS/BA, todos a seguir transcritos, o débito tributário foi calculado à alíquota de 17% prevista nas operações para contribuintes sob regime normal de apuração, pelo fato de o contribuinte ter cometido infração de natureza grave, e foi concedido o crédito presumido de 8%, no cálculo do ICMS a pagar, como se vê no demonstrativo de fls. 33 a 40 dos autos.

Lei nº 7.357/98:

art. 15. Perderá o direito à adoção do tratamento tributário previsto no Regime Simplificado de Apuração do ICMS a empresa:

V - que incorrer na prática de infrações de natureza grave, elencadas em regulamento, a critério da autoridade competente.

art. 19. Quando se constatar quaisquer das situações previstas nos arts. 15, 16, 17 e 18 desta Lei, o imposto será exigido com base nos critérios e nas alíquotas aplicáveis às operações normais, a partir da ocorrência dos fatos.

§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.

O contribuinte cometeu infração de natureza grave, consoante expresso no artigo 915, III, do RICMS/BA:

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.

art. 915.

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 (...) entradas ou pagamentos não contabilizados (...);

A presunção legal é relativa, ou seja, admite prova em contrário. No caso em apreço, caberia ao impugnante exibir as provas do não cometimento da infração imputada no lançamento de ofício. Saliento que, conforme disposto no art. 143 do RPAF/99, a simples negativa de cometimento da infração não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Infração subsistente.

No que tange à Infração 02, aquisição interestadual de mercadorias não enquadradas no regime da substituição tributária (antecipação parcial), observo que as hipóteses em que deve ser feita a antecipação parcial do imposto são estabelecidas no artigo 12-A da lei nº 7.014/96, matéria regulamentada pelo artigo 352-A do RICMS/97:

Lei nº 7.014/96:

art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

§1º A antecipação parcial estabelecida neste artigo não encerra a fase de tributação e não se aplica às mercadorias, cujas operações internas sejam acobertadas por:

III - antecipação ou substituição tributária, que encerre a fase de tributação.

RICMS/BA:

art. 352-A. Ocorre a antecipação parcial do ICMS nas entradas interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso IX do art. 61, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

O contribuinte adquiriu mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, de empresas sediadas fora do Estado da Bahia, e sobre o valor dessas aquisições não recolheu o imposto devido a título de antecipação parcial. A ação fiscal foi realizada dentro do que preconiza a legislação, como se vê dos demonstrativos anexados às fls. 33 a 40 do processo. O contribuinte não provou o recolhimento do ICMS devido. Infração subsistente.

Estudando a infração 03, aquisição interestadual de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, verifico que o contribuinte também não comprovou o recolhimento do ICMS devido por antecipação, regularmente apurado conforme demonstrativos de fls. 219 a 223 dos autos. O autuado é o responsável pelo recolhimento do imposto conforme apurado, por ter sido o adquirente, neste Estado, das mercadorias elencadas no demonstrativo citado, consoante preconiza o artigo 125, II, “b”, combinado com o artigo 371, ambos do RICMS/BA:

art. 125. O imposto será recolhido por antecipação, pelo próprio contribuinte ou pelo responsável solidário:

II - na entrada no território deste Estado, de mercadorias procedentes de outra unidade da Federação ou do exterior, observado o disposto nos §§7º e 8º:

b) tratando-se de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária por antecipação pela legislação estadual interna, relativamente ao imposto correspondente à operação ou operações subsequentes;

art. 371. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas pela legislação deste Estado no regime de substituição tributária, não havendo convênio ou protocolo entre a Bahia e a unidade da Federação de origem que preveja a retenção do imposto, bem como nas importações e nas arrematações de mercadorias importadas e apreendidas ou abandonadas, o pagamento do ICMS devido pelo adquirente, relativo às suas próprias operações e às subsequentes com as referidas mercadorias, será efetuado por antecipação, ressalvadas as hipóteses do art. 355, nos prazos previstos no art. 125.

Não comprovado o recolhimento do imposto apurado, está caracterizada a infração.

Quanto à infração 04, falta de recolhimento de ICMS na condição de empresa de pequeno porte, o levantamento, realizado nos termos do artigo 7º, II, “d”, da Lei nº 7.357/98, está à fl. 240 do processo, e o contribuinte também não trouxe provas do não cometimento desta infração.

Lei nº 7.357/98:

art. 7º O tratamento tributário instituído nesta Lei consiste na apuração simplificada do ICMS, observado o seguinte:

II - tratando-se de empresa de pequeno porte, o imposto a ser pago mensalmente será calculado mediante aplicação, sobre a receita bruta mensal, dos percentuais a seguir indicados, a serem determinados em função da receita bruta global acumulada da empresa desde o início do ano, se for o caso, até o mês de referência, sendo que, caso a empresa tenha titular ou sócio participando do capital social de outra ou outras empresas de mesma condição cadastral, o percentual será determinado em função da receita bruta global acumulada de todos eles, sendo esta:

a) inferior ou igual a R\$540.000,00 (quinhentos e quarenta mil reais): 2,5% (dois e meio por cento);

O cálculo do imposto foi realizado com base na alíquota prevista legalmente. Imputação não elidida.

Analisando a infração 05, omissão de informação de entradas de mercadorias no estabelecimento, na Declaração de Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – DME, verifico que, do cotejamento entre o dado constante na DME ano-base 2005, cópia à fl. 11, o valor das entradas declaradas importando em R\$359.308,36, e o montante de R\$461.627,41, apurado pela autuante, conforme demonstrativo de fls. 22 a 32, existe a diferença de R\$102.319,05, importância não declarada de entradas no exercício. O contribuinte não trouxe provas em contrário. O artigo 10 da Lei nº 7.357/98 determina que os contribuintes enquadrados no Regime SimBahia apresentarão, anualmente, declaração simplificada sintetizando as suas operações, na forma e prazo fixados em regulamento. Dispõe o RICMS/BA:

art. 408-C. As (...) empresas de pequeno porte (...) são dispensados do cumprimento de obrigações tributárias acessórias, exceto quanto às seguintes:

IV - apresentação, anualmente, por parte das microempresas e das empresas de pequeno porte, da Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), Anexo 82, na forma e prazos do art. 335;

art. 335. Os contribuintes inscritos na condição de microempresa ou de empresa de pequeno porte deverão apresentar, até o dia 28 de fevereiro de cada ano, a Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte (DME) e, quando for o caso, a sua Cédula Suplementar (CS-DME), relativamente ao período do ano anterior em que a empresa esteve enquadrada no SimBahia.

§2º Na DME serão informados os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, do período do ano em que a empresa esteve enquadrada no SimBahia, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais relativos a operações e prestações ocorridas no período de referência.

O contribuinte não apresentou a DME nos termos regulamentares. Sobre a diferença encontrada, R\$102.319,05, foi cobrada a multa de 5% prevista no artigo 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96.

Observo que no Auto de Infração, embora esteja descrita corretamente a infração 05, e aplicado acertadamente o percentual de 5% sobre a diferença encontrada, consta equivocadamente o enquadramento da multa no inciso I, alínea “b”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96. O erro no enquadramento não implica em nulidade da autuação, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, haja vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente a irregularidade apurada.

O enquadramento correto, conforme retro-mencionado, é aquele previsto no artigo 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96:

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 durante o exercício, quando não tiver sido informado na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME).

Mantida a exigência fiscal.

Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206954.0002/07-9**, lavrado contra **SUPERMERCADO VILADOURO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$363.440,84**, acrescido das multas de 70% sobre R\$121.661,23 e de 50% sobre R\$241.779,61, previstas no art. 42, incisos III, I, “b”, itens 1 e 3, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$5.115,95** prevista no art. 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios, de acordo com o estabelecido na Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 27 de junho de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA