

A. I. N° - 269102.0010/07-1
AUTUADO - REGIONAL MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.
AUTUANTE - OSVALDO SILVIO GIACHERO
ORIGEM - INF AZ GUANAMBI
INTERNET - 25.07.2007

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0208/02-07

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida. **2.** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO. Reduzido o débito por erro na sua apuração. **3.** SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. VENDAS PARA CONTRIBUINTES INSCRITOS NA CONDIÇÃO DE MICROEMPRESA. FALTA DE RETENÇÃO DO IMPOSTO. Fato não contestado. **4.** CONTA “CAIXA”. PAGAMENTOS NÃO CONTABILIZADOS. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES MERCANTIS NÃO CONTABILIZADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Esta situação indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Não foi comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Reduzido o débito por restar comprovado que parte das notas fiscais foi objeto de devolução e de operação de bonificação. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 29/04/2007, exige o pagamento de ICMS no valor total de R\$44.488,18, sob acusação de:

1. falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$2.811,51, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/97, nos meses de maio, agosto e novembro de 2004, setembro a dezembro de 2005, calculado com base em segundas vias de notas fiscais coletadas nos postos fiscais pelo CFAMT, conforme demonstrativo e documentos às fls.11 a 28.
2. falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, no total de R\$4.945,08, nas aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de junho e dezembro de 2004, janeiro, agosto a dezembro de 2005, conforme demonstrativo e documentos às fls. 29 a 70.
3. falta de recolhimento do ICMS retido, no valor de R\$ 6.362,48, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa, no período de fevereiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativos às fls.72 a 74.

4. falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$26.369,11, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não registrados, nos meses de fevereiro, abril a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, conforme demonstrativos e segundas vias coletadas pelo CFAMT às 139 a 181.

Consta à fl.266 recibo, assinado declarando que recebeu cópias das notas fiscais nº 13242; 248333; 007650; 013675; 013633; 713054; 0085731; 009534; 13682; 294001; 266305; 54361; 54814; 118264; 005218; 005439; 091115; 000293; 009718; 050509; 0110778; 001994; 001995; 5048; 417222; 828423; 092540; 092558; 000317; 002104; 0903069; 0114284; 202702; 2205; 22402; 2918; 4067; 10016; 4234; 10795; 4459; 11791; 2303; 441165; 95041; 123; 17975; 2932; 5756; 20983 e 117666.

O sujeito passivo em sua defesa às fls.280 a 287, invocou o § 4º do art.4º da Lei nº 7.014/96, e aos ensinamentos de renomado professor sobre o conceito de presunção legal, para argüir em preliminar que para elidir a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis provará que as mercadorias entraram no estabelecimento com emissão de nota fiscal, cuja origem dos pagamentos está na venda das mesmas mercadorias com emissão de documento fiscal e sua escrituração.

Quanto ao mérito, reconheceu a existência das infrações 01, 02 e 03, e iniciou o pagamento dos valores lançados mediante parcelamento obtido junto à Infaz Guanambi. Aduz que após o parcelamento verificou que a Nota Fiscal nº 441165 foi lançada no levantamento fiscal em duplicidade, pelo que, requereu a procedência parcial da infração 02, salientando que isto possibilitará seu pedido de restituição do indébito.

Quanto a infração 04, impugnou os lançamentos das notas fiscais discriminadas, com base nos seguintes argumentos.

NFs nº 67918 e 77278 – Alega que as mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição tributária, e que os impostos foram retidos pelo emitente, na condição de responsável por substituição tributária, e que não é devido exigir o imposto pela omissão de saídas, mas sim, aplicar a multa de 1% prevista no inciso XI da Lei nº 7.014/96. Além disso, aduz que as mercadorias constantes nos citados documentos fiscais foram objeto de saídas com emissão de notas fiscais. Sobre a NF 67918, o defendente alega que o autuante constatou o registro das duas últimas parcelas, mas não encontrou o pagamento da primeira parcela no valor de R\$26.104,02, entendendo que isto prova que houve a contabilização das mercadorias e o seu ingresso no estabelecimento.

NFs nº 78020, 78021, 78023 e 78024 – Diz que estas notas fiscais tratam de mercadorias oferecidas em bonificação, e não havendo pagamento em tais operações não justifica a presunção de omissão de saídas.

NFs nº 118264 e 446151 – Alega que tratam-se de notas fiscais pertencentes à empresa Docelar Supermercados Ltda, e que erroneamente foram emitidas com os seus dados cadastrais, e posteriormente foram objeto de correção por parte do emitente, conforme cartas de correções juntada a sua defesa (fls.291 a 294).

NFs nº 8664; 2658; 1468; 1481; 7219; 1493; 1494; 3407; 3408; 1469; 3492; 10767; 3810; 3974; 4156 e 4325 – Argumenta que tratam-se de notas fiscais de aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, e que dada a destinação das mercadorias, e não havendo registro das entradas no livro competente, seria cabível a aplicação da multa de R\$50,00, prevista no inciso XXII do art.42 da Lei nº 7.014/96.

NF nº 180475 – Alega que a mercadoria consta nesta nota fiscal foi devolvida por meio da própria nota fiscal. Para comprovar essa alegação foi juntada uma cópia da nota fiscal de entrada nº 198144, de 28/08/2005, emitida pelo fornecedor para entrada das mercadorias em seu estoque e desfazimento da venda (doc.fl.296).

NF nº 691 – Aduz que se trata de nota fiscal de mercadoria de aquisição de sal de cozinha, cuja alíquota prevista para a operação de saída interna é de 7%, conforme disposto no art.51, I, “a”, do RICMS/97. Além disso, diz que se ainda que seja mercadoria tributada, as saídas ocorreram com emissão de notas fiscais, e há de se considerar o crédito fiscal destacado na nota fiscal.

NF nº 62850 – Diz que se trata de nota fiscal de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cujo imposto foi cobrado no documento fiscal, e que conforme art.9º da Lei nº 7.014/96, está encerrada a fase de tributação, sendo cabível a aplicação da multa de 1% prevista no inciso XI do art.42 da Lei nº 7.0214/96.

NFs nº 221902 e 226947 – Salienta que as mercadorias constantes nas notas fiscais estão sujeitas ao pagamento do imposto por ocasião da saída, não sendo devido exigir o imposto, mas a multa de 10% prevista no inciso IX do art.42 da Lei nº 7.0214/96.

NF nº 91115 - Salienta que as mercadorias constantes nas notas fiscais estão sujeitas ao pagamento do imposto por ocasião da saída, não sendo devido exigir o imposto, mas a multa de 10% prevista no inciso IX do art.42 da Lei nº 7.0214/96. Alega que a nota fiscal foi submetida a antecipação parcial exigida na infração 02 no valor de R\$ 128,40, valor esse, que entende que deve ser deduzido a título de crédito fiscal, em obediência ao disposto no art.93, I, “a”, e I-A, combinado com o art.352-A, do RICMS/97.

NF nº 475141 - Diz que se trata de nota fiscal de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cujo imposto foi cobrado no documento fiscal, e que conforme art.9º da Lei nº 7.014/96, está encerrada a fase de tributação, sendo cabível a aplicação da multa de 1% prevista no inciso XI do art.42 da Lei nº 7.0214/96.

NF nº 7705 - Diz que se trata de nota fiscal de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cujo imposto foi cobrado no documento fiscal, e que conforme art.9º da Lei nº 7.014/96, está encerrada a fase de tributação, sendo cabível a aplicação da multa de 1% prevista no inciso XI do art.42 da Lei nº 7.0214/96.

NF nº 39487; 35437 e 36912 – Diz que se trata de nota fiscal de mercadoria enquadrada no regime de substituição tributária, cujo imposto foi cobrado no documento fiscal, e que conforme art. 9º da Lei nº 7.014/96, está encerrada a fase de tributação, sendo cabível a aplicação da multa de 1% prevista no inciso XI do art.42 da Lei nº 7.0214/96.

NF nº 5439; 5218; 293 e 317 – Salienta que as mercadorias constantes nas notas fiscais estão sujeitas ao pagamento do imposto por ocasião da saída, não sendo devido exigir o imposto, mas a multa de 10% prevista no inciso IX do art.42 da Lei nº 7.0214/96. Alega que as notas fiscais foram submetidas a antecipação parcial exigida na infração 02 nos valores de R\$69,00; R\$169,83; R\$346,80 e R\$204,00 respectivamente, valores esses, que entende devem ser deduzidos a título de crédito fiscal, em obediência ao disposto no art.93, I, “a”, e I-A, combinado com o art.352-A, do RICMS/97.

Por fim, requer a procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal às fls.434 a 437, em relação à infração 02, o autuante acolheu a alegação defensiva que foi consignada em duplicidade no levantamento fiscal a Nota Fiscal nº 441165.

Quanto a infração 04, o preposto fiscal após analisar as razões defensivas assim se manifestou.

NFs nº 67918 e 77278 – Não acatou a alegação de que as mercadorias estão sujeitas ao regime de substituição tributária, e que os impostos foram retidos pelo emitente, na condição de responsável por substituição tributária, e que não é devido exigir o imposto pela omissão de saídas, dizendo que a presunção legal é de que os pagamentos das compras provêm de vendas anteriores cujo imposto não foi recolhido. No caso da NF 67918, assinala que se os julgadores considerarem que ao serem realizados os registros da segunda e terceira fatura, a falta de registro da primeira fatura se deu por mero esquecimento, o CONSEF é soberano para acatar o pleito do contribuinte.

NFs nº 78020, 78021, 78023 e 78024 – Concordou com a alegação defensiva de que consta nas notas fiscais que a natureza da operação foi de “bonificação”, e não havendo desembolso para o pagamento das mesmas deve ser acatado o pedido do autuado.

NFs nº 118264 e 446151 – Concordou com a exclusão das notas fiscais pois tratam-se de notas fiscais pertencentes à empresa Docelar Supermercados Ltda.

NFs nº 8664; 2658; 1468; 1481; 7219; 1493; 1494; 3407; 3408; 1469; 3492; 10767; 3810; 3974; 4156 e 4325 – Rebateu a alegação defensiva de que tratam-se de notas fiscais de aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, dizendo que a omissão de saídas presumida não se relaciona às mercadorias de consumo, mas sim ao numerário utilizado para o pagamento das mesmas. Sustenta que não tendo sido registrado os pagamentos no Caixa, a lei autoriza a presunção de que o numerário utilizado para os pagamentos originaram-se de vendas anteriores não levadas à tributação do ICMS.

NF nº 180475 – Confirmou que o autuado comprovou que a mercadoria constante na nota fiscal foi objeto de devolução, reconhecendo que é indevido exigir o imposto sobre a mesma.

NF nº 691 – Aduz que o autuado confunde omissão de saída presumida pela falta de registro do pagamento com a comercialização e condição da mercadoria, ao alegar que por se tratar de aquisição de sal de cozinha, a alíquota prevista para a operação de saída interna é de 7%, conforme disposto no art.51, I, “a”, do RICMS/97.

NF nº 62850 – não concordou com o argumento defensivo de que se trata de notas fiscais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, explicando que a exigência fiscal diz respeito ao valor que foi pago e não registrado no Caixa, não importando a condição tributária das mercadorias adquiridas. Manteve o lançamento dessas notas fiscais.

NFs nº 221902; 226947; 91115; 475141; 7705; 39487; 35437; 36912; 5439; 5218; 293 e 317 – manteve o lançamento, e rebateu os argumentos defensivos esclarecendo que a exigência fiscal refere-se a presunção de omissão de saídas decorrente da falta de registro dos pagamentos das notas fiscais na escrita contábil, não sendo cabível nesses casos a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

VOTO

Na análise das peças processuais, observo que não existe lide quanto a infração descrita no item 01, correspondente a falta de 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 no Anexo 88 do RICMS/97, uma vez que o contribuinte autuado a reconheceu integralmente.

Igualmente a infração 03, referente a falta de recolhimento do ICMS retido, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às operações internas subseqüentes, nas vendas realizadas para contribuintes localizados neste Estado, inscritos na condição de microempresa.

No caso da infração 02, inerente a falta de recolhimento do ICMS por antecipação parcial, nas aquisições interestaduais de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, foi alegado na defesa apenas que a Nota Fiscal nº 441165 foi lançada no levantamento fiscal em duplicidade, tendo o autuante reconhecido o equívoco cometido. Desta forma, excluindo-se do demonstrativo à fl.31, o valor de R\$ 198,07, o débito com data de ocorrência 31/12/2005 passa a ser de R\$ 1.371,31, subsistindo em parte este item da autuação no total de R\$ 4.747,01.

Com relação ao item 04, a acusação fiscal é concernente a falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$ 26.369,11, em razão de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de pagamentos não registrados.

O débito foi apurado com base em segundas vias de 39 notas fiscais relacionadas às fls.139 a 140, e foram obtidas nos fornecedores e através do CFAMT da SEFAZ, sendo entregues cópias de todas elas ao autuado conforme comprova o recibo à fl.266. Na defesa fiscal o autuado reconheceu que efetuou as operações constantes em todas as citadas notas fiscais.

A ocorrência de pagamentos não registrados indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, e quando o contribuinte não comprova a improcedência dessa presunção legal, a irregularidade encontra amparo no art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97.

Analisando os argumentos defensivos apresentados pelo autuado para elidir esta presunção legal, observo o seguinte.

NFs nº 67918 e 77278 – Quando é constatado que o contribuinte deixa de registrar no Caixa o pagamento de suas compras, este fato autoriza a presunção legal de que foi efetuado pagamento com recursos decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Logo, não acato o argumento defensivo de que as mercadorias constantes nas notas fiscais estão sujeitas ao regime de substituição tributária, e que os impostos foram retidos pelo emitente, na condição de responsável por substituição tributária, pois o que se está a exigir é a omissão, por presunção legal, de vendas anteriores não levadas à tributação do ICMS. Quanto ao lançamento do débito da NF 67918, concluo pela manutenção do valor de R\$ 4.437,65 que foi lançado, uma vez que não restou comprovado que houve a contabilização do pagamento, inclusive examinei detidamente o Razão da conta Caixa às fls.182 a 264 e não localizei o registro do pagamento da citada nota fiscal.

NFs nº 78020, 78021, 78023 e 78024 – Considerando que o autuante confirmou que consta nas notas fiscais que a natureza da operação foi de “bonificação”, é devido excluir da exigência fiscal os valores de R\$ 422,22; R\$ 301,63; R\$ 886,76; e R\$ 633,40, respectivamente, no mês de abril de 2005.

NFs nº 118264 e 446151 – Também devem ser excluídos os débitos destas notas fiscais no valores de R\$ 152,15 e R\$ 146,37, por restar comprovado que tratam-se de notas fiscais pertencentes à empresa Docelar Supermercados Ltda.

NFs nº 8664; 2658; 1468; 1481; 7210; 1493; 1494; 3407; 3408; 1469; 3492; 10767; 3810; 3974; 4156 e 4325 – Não vejo como prosperar a alegação defensiva de que tratam-se de notas fiscais de aquisição de material de uso e consumo do estabelecimento, uma vez que, independente da finalidade com que foram adquiridas as mercadorias, a falta de contabilização dos respectivos pagamentos autoriza a presunção legal de que foi efetuado pagamento com recursos decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

NF nº 180475 – Ante a confirmação do autuante de que houve a comprovação que a mercadoria constante na nota fiscal foi objeto de devolução, o lançamento do débito desta nota, no valor de R\$ 348,66 deve ser excluído da exigência fiscal, pois não havendo pagamento não há como se falar em omissão de saídas.

NFs nº 691; 62850; 221902; 226947; 91115; 475141; 7705; 39487; 35437; 36912; 5439; 5218; 293 e 317 - No caso destas notas fiscais os argumentos defensivos são incapazes para elidir a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, pois, independentemente da situação tributária das mercadorias (substituição tributária, antecipação tributária, recolhimentos nas saídas das mercadorias ou redução de alíquota), a ocorrência de falta de registros dos pagamentos autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, cujos recursos utilizados para o pagamentos destas compras advém de vendas anteriores realizadas e que não foram contabilizadas. Não sendo elidida a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, mantenho o lançamento do débito destas notas fiscais.

Nestas circunstâncias, não tendo o autuado comprovado a improcedência da presunção legal prevista no art. 2º, § 3º, inciso I, do RICMS/97, subsiste em parte este item da autuação com a exclusão dos valores consignados indevidamente no levantamento fiscal, eis que, tratam-se de operações de devolução e de bonificação, e ainda de notas fiscais em nome de outro contribuinte. Desta forma, refiz o demonstrativo débito desta infração, que o autuante deixou de fazê-lo na informação fiscal.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração no total de **R\$37.398,86**, modificando-se os demonstrativos de débitos das infrações abaixo:

Infração 02 – 07.15.01

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
30/6/2004	9/7/2004	526,47	17	60	89,50	2
31/12/2004	9/1/2005	999,00	17	60	169,83	2
31/1/2005	9/2/2005	405,88	17	60	69,00	2
31/8/2005	9/9/2005	2.795,29	17	60	475,20	2
30/9/2005	9/10/2005	7.339,41	17	60	1.247,70	2
31/10/2005	9/11/2005	5.849,88	10	60	994,48	2
30/11/2005	9/12/2005	2.999,94	17	60	509,99	2
31/12/2005	9/1/2006	7.007,71	17	60	1.191,31	2
TOTAL DO DÉBITO					4.747,01	

Infração 04 – 05.05.02

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
28/2/2004	9/3/2004	26.104,00	17	70	4.437,68	4
30/4/2004	9/5/2004	1.930,00	17	70	328,10	4
31/5/2004	9/6/2004	3.150,00	17	70	535,50	4
30/6/2004	9/7/2004	-	17	70	-	4
31/7/2004	9/8/2004	15.759,18	17	70	2.679,06	4
31/8/2004	9/9/2004	3.182,41	10	70	541,01	4

30/9/2004	9/10/2004	5.409,82	17	70	919,67	4
31/10/2004	9/11/2004	1.579,18	17	70	268,46	4
30/11/2004	9/12/2004	3.008,00	17	70	511,36	4
31/12/2004	9/1/2005	1.688,59	17	70	287,06	4
31/1/2005	9/2/2005	11.575,00	17	70	1.967,75	4
28/2/2005	9/3/2005	4.473,18	17	70	760,44	4
31/3/2005	9/4/2005	44.192,76	17	70	7.512,77	4
30/4/2005	9/5/2005	233,00	17	70	39,61	4
31/7/2005	9/8/2005	2.907,18	17	70	494,22	4
31/8/2005	9/9/2005	2.520,00	17	70	428,40	4
30/9/2005	9/10/2005	6.474,24	17	70	1.100,62	4
31/10/2005	9/11/2005	1.567,18	17	70	266,42	4
30/11/2005	9/12/2005	1.253,18	17	70	213,04	4
31/12/2005	9/1/2006	1.098,18	17	70	186,69	4
TOTAL DO DÉBITO					23.477,86	

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269102.0010/07-1**, lavrado contra **REGIONAL MERCANTIL DE ALIMENTOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$37.398,86**, acrescido das multas de 60% sobre R\$7.558,52; 70% sobre R\$23.477,86 e 150% sobre R\$6.362,48, previstas no artigo 42, II, “e”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado os valores objeto de processo de parcelamento de débito conforme extratos do SIGAT às fls.271 a 278.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de julho de 2007.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR