

A. I. Nº - 269356.0014/06-5  
AUTUADO - MARINEIDE CARDOSO DA SILVA DE UAU  
AUTUANTE - UBIRATAN LOPES DA COSTA  
ORIGEM - INFAC JUAZEIRO  
INTERNET - 26.07.07

**4<sup>a</sup> JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0216-04/07**

**EMENTA: ICMS.** 1. ENTRADA DE MERCADORIA. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Restou comprovado nos autos que ocorreu a falta de informação na DME de valores de mercadorias adquiridas. Convertido o imposto exigido em aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória. Infração procedente em parte. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS. a) ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. b) PARA COMERCIALIZAÇÃO. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infração comprovada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, foi lavrado em 29/12/06, exige ICMS no valor de R\$252.340,22 acrescido das multas de 50% e 70% em decorrência das seguintes infrações:

01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas. Consta, na descrição dos fatos, que o autuado deixou de contabilizar notas fiscais nas DMEs, conforme demonstrativos anexos contendo as notas fiscais apresentadas e as capturadas pelo CFAMT (2003 a 2005), e demonstrativo resumo comparativo de notas fiscais de entrada x DME. - R\$232.814,15.

02. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de Empresa de Pequeno Porte (EPP), referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado. Consta, na descrição dos fatos, que o demonstrativo analítico contempla as notas fiscais de mercadorias sujeitas a antecipação parcial e total (2004 e 2005). Foi informado que a cobrança foi efetivada de forma resumida ao final de cada exercício, dado a impossibilidade de fazê-lo mês a mês, tendo em vista que em determinados meses foi apurado valores negativos - R\$19.526,07.

O autuado na defesa apresentada às fls. 793 a 795, preliminarmente esclarece que o autuante relacionou no seu demonstrativo, diversas notas fiscais com a numeração repetida por duas, três ou quatro vezes, conforme relação juntada à fl. 794, por exercício, número de nota fiscal e fornecedor.

Alega que foi incluído no levantamento fiscal “todas as notas fiscais das quais reclamou também a antecipação do ICMS”, o que no seu entendimento configura bitributação do imposto.

Requer que seja retificado os valores inerentes à base de cálculo e do crédito fiscal reclamado nos exercícios com relação a esta infração.

No mérito, afirma que a exigência fiscal é improcedente, pelos seguintes motivos:

a) tendo sido apurada diferença entre o total das entradas levantadas e as informadas na DMEs, caso configurada a suposta divergência, caberia aplicação da penalidade prevista no art. 42, XII-A (art. 915, XII-A do RICMS/BA), ou seja, de 5% do valor não informado na DME, conforme

redação do citado inciso acrescentado pelo Dec. 8.412/02, com efeitos a partir de 01/01/03.  
Alega que é improcedente a exigência fiscal;

- b) inexiste a suposta omissão de saída de mercadorias tributáveis, primeiro “porque a empresa não omitiu saídas” e segundo porque as notas fiscais foram apresentadas pelo autuante, sem qualquer ingerência do autuado. Entende ser improcedente a exigência da primeira e segunda infração, relativa à omissão de saída apontada e exigência do ICMS antecipação parcial e total, inclusive ter sido exigido imposto sobre as mesmas notas fiscais nas duas infrações;
- c) o enquadramento indicado no Auto de Infração (art. 2º, § 3º, IV, 50, 60, I, 218, 322 e 936 do RICMS/BA) e o cálculo utilizado no demonstrativo de débito não se aplica à EPP, a exemplo da alíquota e multa, motivo pelo qual requer a improcedência da autuação.

Observa que além da previsão legal da multa incidente sobre valores não informados na DME, a apuração do ICMS da EPP é feita com base na receita bruta, com alíquota prevista de 2,5%, sem ter sido considerado a dedução: do imposto apurado relativo ao número de empregados; do imposto recolhido no exercício. Argumenta também que foram incluídos na apuração do imposto, os valores das notas fiscais das quais foi exigido o ICMS por substituição tributária, configurando no seu entendimento bitributação.

Alega que em caso de ter ocorrido divergência entre valores informados na DME e os dados do levantamento fiscal, caberia a aplicação de uma penalidade fixa, como mencionado anteriormente, porém seria inaplicável tendo em vista que seria absorvida pelo descumprimento da obrigação principal reclamado na infração 2.

Pelos motivos expostos, requer a improcedência da autuação.

A informação fiscal foi prestada por fiscal com base no art. 127, § 2º do RPAF/99, pelo auditor Antonio Ferreira da Silva às fls. 799 a 801. Inicialmente discorre sobre as alegações defensivas e diz que não procede o argumento de que houve repetição de notas fiscais no levantamento fiscal, tendo em vista que de fato ocorreu o desdobramento de algumas notas fiscais em duplicatas correspondentes. Afirma que se proceder à soma dos valores das notas fiscais repetidas, ficará constatado que o valor total corresponde ao valor de cada nota fiscal.

Reconhece que procede o argumento defensivo de que as mesmas notas fiscais relacionadas no demonstrativo de omissão de saídas de mercadorias, também foram relacionadas no cálculo do ICMS por antecipação parcial e total.

Com relação ao enquadramento e tipificação da multa da infração 1, concorda com o argumento apresentado pelo impugnante, tendo em vista que o mesmo está desobrigado de escriturar o livro de Registro de Entrada, condição necessária para a ocorrência da infração tipificada pelo autuante. Concorda que o imposto exigido deva ser convertido em multa, conforme admitiu o recorrente.

Contesta a alegação do defendant de que as notas fiscais juntadas aos autos foram obtidas sem sua ingerência, tendo em vista que parte das notas fiscais foi apresentada pelo próprio contribuinte e outras foram coletadas no sistema CFAMT.

Com relação ao argumento de que deva ser dado tratamento diferenciado ao contribuinte optante da apuração do imposto pelo regime simplificado, afirma que tendo sido constatado irregularidade que implique em omissão de pagamento do ICMS, a legislação tributária prevê que o imposto deve ser exigido com base na modalidade prevista para o regime normal.

Conclui dizendo que em relação à primeira infração, deve ser revisto o procedimento fiscal e para tanto, junta à fl. 802, novo demonstrativo com cálculo da multa prevista no art. 915, XII-A do RICMS/BA, inclusive novo demonstrativo de débito à fl. 803.

Relativamente à infração 2, afirma que a mesma deve ser mantida integralmente, por entender que inexiste incompatibilidade entre a primeira infração (retificada) e os valores cobrados por serem de natureza diferente.

Propõe que seja reaberto o prazo de defesa em 27/04/07 para tomar conhecimento da informação fiscal, por meio dos Correios, conforme documentos juntados às fls. 804/05 (Aviso de Recebimento), inclusive reaberto o prazo de defesa, não tendo o autuado se manifestado no prazo concedido.

## VOTO

O Auto de Infração acusa o contribuinte de ter omitido saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas e do recolhimento a menos do ICMS por antecipação parcial e total.

Com relação à infração 1, na defesa apresentada o autuado argumentou que no levantamento fiscal foram computadas diversas notas fiscais com a numeração repetida. O auditor que prestou a informação esclareceu que não se tratava de repetição da nota fiscal e sim do desmembramento de valores de acordo com as duplicatas vinculadas a cada nota fiscal. Tendo sido comunicado o impugnante da informação fiscal e não sido contestado no prazo que lhe foi concedido, considero como verdadeira a afirmação do autuante, nos termos do art. 142 do RPAF/BA, que prevê que “A recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária”.

Relativamente à alegação de que a inclusão no levantamento fiscal da infração 1, das mesmas notas fiscais relacionadas na infração 2 configura bitributação, não pode ser acolhida, tendo em vista que na primeira infração foi exigido imposto a título de presunção, ou seja, de que não foi registrado na contabilidade as receitas ocorridas anteriormente que foram empregadas no pagamentos da mercadorias que também não foram registradas na contabilidade, enquanto o ICMS exigido na segunda infração se refere a imposto devido por antecipação (parcial ou total) das mercadorias adquiridas. Portanto, caso mantidas as infrações, nesta situação não configura bitributação, como alegado, em razão de que não existe correlação entre a natureza das duas infrações imputadas na autuação.

Quanto ao argumento de que as notas fiscais foram apresentadas pelo autuante, sem qualquer ingerência do autuado, não pode ser acatado tendo em vista que o levantamento fiscal foi feito com base nas notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e nas notas fiscais coletadas no sistema CFAMT destinadas ao estabelecimento autuado, tendo no curso do procedimento fiscal negado a aquisição das mercadorias, conforme documento juntado às fls. 388 a 416, e tomado conhecimento das notas fiscais constantes do levantamento fiscal, inclusive se manifestado na defesa afirmando que as notas fiscais foram computadas duas, três ou quatro vezes no levantamento fiscal, conforme anteriormente apreciado. Ademais, as notas fiscais acostadas aos autos indicam como destinatário o estabelecimento autuado, com indicação de transportadores, pedidos, tipo de cobrança (cheque ou banco), indicação do vendedor etc. O autuado, na defesa apresentada não acostou aos autos, qualquer prova de que os citados documentos coletados no trânsito de mercadorias sejam inidôneos ou que não tenha efetuado as compras das mercadorias que lhe foram destinadas. Portanto, tal alegação defensiva não pode ser acatada.

No tocante ao argumento de que tendo sido constatado diferença entre o total das entradas levantadas e as informadas na DMEs, deve ser aplicada a multa prevista na legislação tributária e não se exigir imposto, verifico que conforme demonstrativo juntado pelo autuante à fl. 13, foi levantado o montante das entradas e comparado com o valor informado na DME. Como o imposto exigido por presunção legal, relativo a entradas não registradas, reporta-se ao não registro de receitas anteriores empregadas no pagamento de compras não registradas e só ficaria configurada a infração se ficasse comprovado o não registro do pagamento das compras, no livro Caixa que é o único livro contábil obrigatório previsto para as empresas optantes do regime simplificado de apuração do ICMS (SIMBAHIA).

No que tange o argumento defensivo de que a multa por descumprimento da obrigação principal absorve a multa por descumprimento da obrigação acessória, não pode ser acolhido em razão de que a multa prevista para ser aplicada sobre valores não registrados na DME (infração 1), não guarda relação direta com a natureza da infração 2 (recolhimento a menos do ICMS por antecipação). Além do mais, apenas parte das notas fiscais da infração 2, foram relacionadas no demonstrativo da infração 1.

Pelo exposto, acolho à alegação defensiva de que restou comprovado apenas a não informação de valores de compras na DME, o que implica em descumprimento apenas de obrigação acessória, converto o imposto exigido em multa de 5% do valor não informado na DME, de acordo com o previsto no art. 42, XII-A (art. 915, XII-A do RICMS/BA) com redação dada pelo Dec. 8.412/02, com efeitos a partir de 01/01/03. Acato o demonstrativo juntado pelo informante à fl. 802, e considero devidos os valores de R\$36.745,15; R\$21.956,70 e R\$70.639,34 respectivamente nos exercícios de 2003, 2004 e 2005, totalizando o valor da multa em R\$129.341,19. Infração procedente em parte.

Com relação à infração 2, o autuado não questionou a base de cálculo e o valor do imposto exigido, conforme demonstrativo resumo juntado à fl. 6 e transportados do levantamento fiscal às fls. 7 a 12.

Quanto à alegação de que ocorreu bitributação, por ter sido exigido o ICMS por omissão de saída na infração 1 e antecipação tributária na infração 2, não pode prosperar, conforme apreciado no mérito da primeira infração, tendo em vista que se tratam de infrações de natureza diferentes. Além disso, a exigência do imposto da obrigação principal da primeira infração foi convertida em multa por descumprimento de obrigação acessória, conforme apreciado neste voto.

Ressalto que as EPP não estão dispensadas do pagamento do ICMS por antecipação e como nada foi apresentado na defesa para provar incorreções no levantamento fiscal, constitui mera negativa de cometimento da infração, o que de acordo com o disposto no art. 143 do RPAF/99, não desonera o autuado da responsabilidade pelo pagamento do imposto. Mantida a exigência fiscal.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4<sup>a</sup> Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 269356.0014/06-5, lavrado contra **MARINEIDE CARDOSO DA SILVA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$19.526,07**, acrescido da multa de 50%, prevista no art. 42, I, “b”, 1, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além de multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$129.341,19**, prevista no artigo 42, inciso XIV-A, “a”, da citada Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, I, “a”, 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/99, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 19 de julho de 2007.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – JULGADORA

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS – JULGADOR