

A. I. Nº - 232856.0023/06-5
AUTUADO - ELEZENITA VIEIRA LOPES E CIA LTDA.
AUTUANTE - FLÁVIO DO PRADO FRANCO JÚNIOR
ORIGEM - INFAZ JEQUIÉ
INTERNET - 08/10/2007

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0326-03/07

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 o registro das notas fiscais. Não comprovada a ilegitimidade da presunção. Infração não elidida. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS 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, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Infração não elidida. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em 20/11/2006 e exige ICMS no valor de R\$9.193,59 acrescido das multas de 50% e 70%, em decorrência de duas infrações:

Infração 01. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Período de 01/2004 a 04/2004 e 06/2004 a 10/2005. ICMS no valor de R\$9.116,65, acrescido da multa de 70%.

Infração 02. Recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA. Mês de março/2005. ICMS no valor de R\$76,94, acrescido da multa de 50%.

O autuado apresentou impugnação ao lançamento fiscal às fls. 80 a 82, na qual descreve a imputação 02 alegando que não deixou de registrar as aquisições sobre as quais a autuação se baseia, convicção fundamentada em seu hábito de enviar ao contador todas as notas fiscais relativas às suas aquisições; em segundo plano, na verificação de que, segundo afirma, 90% do valor da autuação referem-se a notas fiscais emitidas pela empresa Rosina – Indústria Transportadora e Comércio de Cereais LTDA, fornecedor do qual, afirma, há mais de quatro anos não efetua compras, alegando ainda que mais de 90% das notas referem-se, segundo diz, a aquisições de arroz, com alíquota interna de 7%, inexistindo antecipação parcial para ser efetuada, não havendo interesse do autuado em omitir essas entradas.

O defendente alega que tem mantido contato telefônico com algumas empresas, principalmente Rosina – Indústria Transportadora e Comércio de Cereais LTDA, e que as mesmas ficaram de verificar as notas fiscais por elas emitidas, inquirir seus vendedores e representantes locais, mas que não deram retorno até o momento da apresentação da impugnação, e que está providenciando um advogado para prestar queixa-crime e acionar as empresas que estão emitindo notas fiscais a si destinadas.

Questiona a justiça do prazo de 30 dias para apresentação de defesa, tecendo considerações quanto a ser vítima, e a que o Estado não divide com o contribuinte a responsabilidade de coibir e apurar as práticas dolosas de fornecedores para vender mercadorias a empresários desonestos.

Argumenta que não entende porque o auditor descreve que houve omissões de saídas de mercadorias tributáveis e arbitra a base de cálculo. Afirma que “Não foi verificada omissão de saídas, pois a autuada não pratica tais procedimentos, pois levantando seu caixa se verificará que ocorrerá saldo credor, mesmo se os valores de tais notas forem inclusas.”

Assinala que chama a atenção o fato de que “os valores descritos como omissões são R\$5.962,56 e R\$3.154,08 para os exercícios de 2004 e de 2005”, são iguais ao ICMS reclamado na infração 01. Também considera incompreensível o fato de ter sido utilizada, no Auto de Infração, a alíquota de 17%, enquanto a maioria das notas fiscais refere-se a arroz, cuja alíquota interna é de 7%, alegando que isto torna a exigência de ICMS indevida.

Conclui requerendo que lhe seja concedido prazo de mais 30 dias para que possa reunir as provas necessárias quanto a não ter adquirido as mercadorias relativas às notas fiscais que dão suporte ao Auto de Infração, para então defender-se, ou reconhecer erros porventura cometidos, e que sejam revistas “as outras situações”.

O autuante presta informação fiscal às fls. 85 e 86, inicialmente relatando os termos da impugnação ao lançamento fiscal e em seguida aduzindo que não lhe cabe discutir o prazo para apresentação de defesa previsto no RPAF/99, e as práticas dolosas de fornecedores para vender mercadorias a empresários desonestos.

Quanto à presunção de omissões, aduz que o RICMS/BA considera a existência de omissões de saídas de mercadorias tributáveis todas as vezes em que entradas de mercadorias não forem devidamente apresentadas ou registradas, porque considera que houve presunção de vendas efetuadas anteriormente sem a respectiva emissão de notas fiscais.

No que tange ao prazo suplementar de 30 dias requerido pelo autuado, considera que cabe ao Conselho de Fazenda deliberar a respeito.

Termina a informação fiscal mantendo o valor integral da autuação e requerendo a declaração de procedência do lançamento de ofício.

Inserido em pauta suplementar, a 3ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF, tendo em vista que não constava no processo a informação de que o autuado recebera cópias das notas fiscais das quais o contribuinte alegava desconhecer a origem das entradas em seu estabelecimento, e considerando também a informação do autuante quanto a que foram recolhidas no Sistema informatizado Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito - CFAMT da SEFAZ/BA, e não no estabelecimento do contribuinte, para prevenir possíveis alegações de cerceamento do direito de defesa, decidiu converter o processo em diligência à INFAZ de origem (fl. 91) para que fosse intimado o autuado para fornecer-lhe cópia das citadas folhas, reabrindo-se o prazo de trinta dias, para que o mesmo, querendo, apresentasse nova impugnação ao lançamento fiscal. O contribuinte foi intimado, e o prazo para apresentação de impugnação foi reaberto (fl.92).

O contribuinte não se manifestou.

Novamente incluído em pauta suplementar, a 3ª JJF, considerando que, embora tendo sido reaberto o prazo de defesa, não fôra juntado aos autos o recibo do autuado comprovando que o

mesmo recebera cópia das fls. 10 a 75 do PAF, decidiu repetir a diligência (fl. 94), que foi cumprida (fl. 94/verso), tornando a ser reaberto o prazo de defesa.

Dentro deste prazo, o contribuinte manifestou-se à fl. 96, reafirmando plena convicção quanto a não ter adquirido as mercadorias objeto da autuação, e reafirmando sua discordância quanto à metodologia aplicada no lançamento fiscal. Protestou contra a inversão do ônus da prova, e contra o não diligenciamento do Estado junto aos fornecedores, para que esses comprovassem se as correspondentes mercadorias teriam sido entregues ao autuado.

Alegou que se o Estado, com o uso de seu poder de império, se acha impossibilitado de reunir as devidas provas, como pode exigir isto de um contribuinte.

Afirma que as referidas notas fiscais existem, mas que algumas empresas mudaram de endereço, ou mudaram a razão social, endereço, telefone, e que não retornam as ligações, apesar dos insistentes pedidos do autuado. Que não tem recursos para contratar advogado para entrar com ação contra todas as empresas fornecedoras, mas que vai se esforçar para, antes do julgamento final deste processo, provar que não agiu de má fé e que o Estado teria condições de comprovar isto.

Conclui pedindo que o Conselho de Fazenda faça justiça.

O autuante manteve a informação fiscal, à fl. 97.

VOTO

O Auto de Infração exige ICMS por duas infrações à legislação tributária: em decorrência da falta de registro de entradas de mercadorias sob a presunção de que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas – infração 01, e pelo recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na condição de microempresa, relativamente a mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária – infração 02.

O contribuinte defende-se nos termos do Relatório deste Acórdão.

Observe, quanto à infração 01, que as notas fiscais basilares da autuação, anexadas às fls. 18 a 49, e 54 a 75, foram emitidas por diversas empresas, nos exercícios de 2004 e 2005, destinadas ao endereço do autuado, citando sua inscrição estadual e CNPJ, em nome de José Cláudio Souza e CIA LTDA, identificado no cadastro de contribuintes da Secretaria da Fazenda Estadual/BA como um dos três sócios do autuado, tendo sido inserido, inclusive, em algumas, a exemplo das notas fiscais às fls. 44 e 48, o nome de fantasia da empresa, “Supermercado Indy” tal como consta no cadastro do contribuinte nesta SEFAZ.

As citadas empresas fornecedoras são: Rosina Indústria Transportadora e Comércio de Cereais Ltda (fls. 18, 25, 29 a 33, 39, 41 a 43, 55, 56, 58, 62, 65, 68, 70, 72, 73 e 75), Conar Distribuidora de Cosméticos (fl. 19), Cerealista Belletini (fls. 20, 22, 27, 54, 61 e 69), União Comércio e Importação e exportação Ltda (fls. 21 e 44), Cerealista Meleiro LTDA (fls. 23, 24, 26, 47, 57, 63 e 67), Peixoto Comércio Indústria de Serviços e Transportes LTDA (fls. 28 e 49), INBOP –Indústria de Borracha e Polímeros LTDA (fl. 34), Neve Indústria Importação e Exportação LTDA (fl. 35) Perelo Importação Comércio Representação e Distribuição LTDA (fls. 36 e 37), Indústria e Comércio de Cereais Justi LTDA (fls. 40 e 45), Mili SA (fl. 48) Indústria e Comércio de Arroz Fumacense LTDA (fl. 59), Leitesol Indústria e Comércio SA (fls. 60 e 64), Cocal Cereais LTDA (fl. 66), CIPA Nordeste Industrial de Produtos Alimentares SA (fl. 71), Petimassa Importação Distribuição e Transportes LTDA (fl. 74).

Assim, não procede o argumento do autuado quanto a que cerca de 90% das aquisições teriam sido oriundas de um único fornecedor, dado contradito pelas provas elencadas acima, constantes do processo. As notas fiscais comprovam, também, a habitualidade da compra de mercadorias,

pelo sujeito passivo, junto aos fornecedores já mencionados, no período de 2004 e 2005, e o autuado, conquanto tenha alegado isso em sua defesa, não trouxe ao processo prova de que as notas fiscais não lhe eram destinadas. Não cabe ao Fisco estadual a busca de provas do não cometimento da infração tributária. Ademais, o contribuinte, que pedira em sua primeira impugnação, às fls. 80 a 82, a prorrogação do prazo de defesa por mais trinta dias, em função da necessidade da entrega das cópias das notas fiscais coletadas no CFAMT, obteve, por duas vezes, a reabertura do prazo de defesa, totalizando noventa dias para que provas suas alegações defensivas, o que não fez.

Também não acato a alegação defensiva quanto a ter ocorrido arbitramento da base de cálculo no que tange à infração 01, e também não houve apuração de saldo de caixa, tendo sido efetuado o roteiro de auditoria fiscal relativo à verificação de contabilização de suas notas fiscais de entradas, sendo então constatado que as mesmas não foram registradas contabilmente. Vale salientar que o contribuinte, ao afirmar textualmente, no sexto parágrafo da fl. 81, em sua peça defensiva, “Não foi verificada omissão de saídas, pois a autuada não pratica tais procedimentos, pois levantando seu caixa se verificará que ocorrerá saldo credor, mesmo se os valores de tais notas forem inclusas.”, e quando alegou, na mesma impugnação ao lançamento de ofício, que as notas fiscais não lhe eram destinadas, confirmou a não inclusão dos referidos documentos fiscais em seus registros contábeis.

O contribuinte, enquadrado no Regime Simplificado de Apuração do ICMS – SimBahia como microempresa classe 3 no período de 01/04/2003 a 31/08/2005, e microempresa classe 2 de 01/09/2005 a 01/04/2006, conforme dados do Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte-INC/SEFAZ, estava obrigada, na época objeto da ação fiscal (01/2004 a 10/2005), ao registro contábil de suas operações, nos termos do artigo 11 da Lei nº 7.357/98, vigente à época dos fatos geradores do débito tributário apurado.

O fato de não ter contabilizado as notas fiscais de entradas elencadas nos levantamentos fiscais de fls. 13 a 16 e 50 a 53, e anexadas ao processo, autorizam a presunção legal de que o sujeito passivo praticou a omissão de saídas anteriores de mercadorias sem pagamento do imposto. A Lei nº 7.014/96, no §4º de seu artigo 4º, assim dispõe, bem como prevê que é ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção. O defendente não apresentou qualquer documento para contrapor ao levantamento fiscal, pelo que considero devido o imposto cobrado.

Tratando-se da presunção prevista no §4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, em relação a operações anteriores, a alíquota de 17%, utilizada para o cálculo do imposto lançado neste Auto de Infração, não diz respeito às operações atuais, com arroz, ou com qualquer dos produtos constantes das notas fiscais já mencionadas neste voto, mas a operações anteriores nas quais houve omissão de saídas. O artigo 19, combinado com o inciso V do artigo 15 da Lei nº 7.357/98, ante-citada, prevê, para o caso de infração de natureza grave, a utilização da alíquota de 17% na apuração do imposto, sendo deduzido, no cálculo, o crédito presumido de 8%, procedimento adotado no levantamento fiscal. O artigo 408-L, inciso V, do RICMS/BA, define que se trata de infração de natureza grave a prevista no inciso III do artigo 915 do mesmo Regulamento, e este artigo 915, em seu inciso III, inclui a constatação de entradas não contabilizadas. Assim, está correta a aplicação da alíquota de 17% no cálculo do débito atinente à infração 01.

Quanto aos valores de ICMS exigidos nos exercícios de 2004 e de 2005, citados pelo contribuinte às fls. 81 e 82, o cálculo da omissão de saídas anteriores dá-se com base no valor pago quando das aquisições realizadas, e não contabilizadas, detectadas na ação fiscal, pelo que está correto o levantamento fiscal, que se baseou nos dados de valor de aquisição lançados nas notas fiscais anexadas ao processo. Imputação 01 mantida.

Quanto à infração 02, recolhimento a menos do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na condição de microempresa, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no anexo 88 do RICMS/BA, no caso presente, as bebidas alcoólicas (vermouth, vinho, catuaba e conhaque)

elencadas na Nota Fiscal nº 227131, à fl. 12, embora o contribuinte não tenha feito menção expressa a esta infração em seus pronunciamentos, verifico que, na data da emissão da referida Nota Fiscal, 09/03/2005, estava em vigor a redação originária (vigente até 30/09/2005) do item 2 do inciso II do artigo 353 do RICMS, que incluía estes produtos no regime de substituição tributária, com a Margem de Valor Agregado – MVA de 60% prevista no Anexo 88, item 2, também vigente até 30/09/2005, nas aquisições de indústria, o que é a situação presente. Assim, conforme demonstrativo de fl. 10 e DAE de fl. 11, caracterizou-se o recolhimento a menos do tributo, fato não elidido pelo defendente. No cálculo do débito tributário exigido foi aplicada corretamente, pelo autuante, a alíquota de 25% prevista no artigo 51, II, “b”, do RICMS/BA. Imputação mantida.

Face ao exposto, 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 **232856.0023/06-56**, lavrado contra **ELEZENITA VIEIRA LOPES E CIA LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$9.193,59**, acrescido das multas de 50% sobre R\$76,94 e de 70% sobre R\$9.116,65, previstas no art. 42, incisos I, “b”, item 1, e III da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 26 de setembro de 2007

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

OLAVO JOSÉ GOUVEIA OLIVA - JULGADOR