

A. I. Nº - 207185.0050/07-3  
AUTUADO - MADEREIRA SÃO GABRIEL LTDA.  
AUTUANTE - PAULO ROBERTO MENDES LIMA  
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA  
INTERNET - 05.09.2008

**2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

**ACÓRDÃO JJF Nº 0213-02/08**

**EMENTA: ICMS.** 1. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. A falta de contabilização de notas fiscais de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Infração caracterizada em parte. 2. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DMA. DECLARAÇÃO INCORRETA DE DADOS. MULTA. Multiplicidade de apenações. Ao serem lançados os valores relativos a omissão de saídas de mercadorias tributáveis verificadas através de entradas de mercadorias não registradas no item precedente, com as penalidades correspondentes, estas penalidades absorvem a que seria cabível pelas declarações incorretas de dados na DME, por se tratar das mesmas notas fiscais, haja vista o preceito do art. 915, § 5º, do RICMS. Multa aplicada indevidamente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

**RELATÓRIO**

O Auto de Infração em lide, lavrado em 07/11/2007, reclama o ICMS e MULTA no valor total de R\$82.761,72, em decorrência dos seguintes fatos:

1. Falta de recolhimento do ICMS no valor de R\$82.621,72, referente a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, caracterizada pelo não registro no livro de entradas de mercadorias, das notas fiscais obtidas junto ao CFAMT, sendo relacionadas e anexadas ao PAF, as cópias das notas fiscais, relativas aos exercícios de 2004, 2005 e 2006, conforme demonstrativos e documentos às fls.07 a 40.
2. Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração de Apuração Mensal do ICMS, nos exercícios de 2004 a 2006, sendo aplicada a multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de R\$ 140,00, com data de ocorrência de 28/02/2007.

O sujeito passivo em sua defesa às fls. 44 a 45 impugnou o Auto de Infração com base nas seguintes razões de defesa.

Quanto a infração 01, alega que não lhe foram fornecidas as cópias das notas fiscais para que pudesse verificar se realmente as mercadorias foram adquiridas pela empresa. Salienta que conforme consta do demonstrativo de apuração do débito, se forem confirmadas as operações de aquisição, as mercadorias foram destinadas para uso e consumo e para o ativo imobilizado. Além disso, diz que o débito foi apurado aplicando-se o percentual de 17% sobre o valor total das notas

fiscais, sem considerar o crédito fiscal, sendo dado o tratamento às mercadorias como se fossem adquiridas para revenda.

Com relação à infração 02, alega que os dados informados na DMA estão corretos e se referem exclusivamente ao movimento de compras e vendas de mercadorias destinadas à revenda. Sobre as notas fiscais apontadas na acusação fiscal, aduz que não teve como verificar se realmente as mercadorias foram adquiridas pela empresa, em virtude de não terem sido fornecidas as cópias das notas fiscais. Mesmo assim, diz que pelo demonstrativo apresentado é possível constatar a aquisição pela empresa de mercadorias destinadas ao uso e consumo e para o ativo imobilizado.

Na informação fiscal às fls. 50 a 51, inicialmente, o autuante salienta que a defesa do autuado deve ser indeferida por não conter a identificação clara do nome do signatário e seu RG, conforme determina o RPAF.

Em seguida, esclareceu que ao contrário do que informou o autuado, no período de 01/01 a 31/12/2006, o estabelecimento se encontrava cadastrado na SEFAZ na condição de “Normal”, inclusive apresentou as respectivas DMA’s mensais (fls. 53 a 56).

Quanto a alegação de que não foram entregues as cópias das notas fiscais obtidas no CFAMT, o preposto fiscal prestou os seguintes esclarecimentos ponderando que:

- a) Ao comparecer ao estabelecimento para ciência do Auto de Infração, em 08/11/2007, não localizou os sócios da empresa que se encontravam em local não informado por seu funcionário, ocasionando a necessidade de ter encaminhado o AI para o setor competente da Infaz, para expedição de Intimação via “AR” (fls. 41 e 41 do PAF).
- b) O “AR” foi cientificado e assinado em 04/12/2007 e não em 07/12/2007, data em que o autuado deve ter comparecido à repartição para recepcionar cópia do AI e documentos anexos, inclusive vias e fotocópias de notas fiscais juntadas, haja vista, que segundo o informante, na descrição dos fatos consta a Obs.: “Planilhas descritivas das Notas Fiscais e Vias e fotocópias das NFs. Anexas ao Auto”.
- c) Desta forma, diz que ao ter acesso ao AI na repartição fazendária, o autuado confirma o recebimento do AI e seus anexos, conclusão essa, baseada no fato de que o autuado juntou à defesa xerox de duas planilhas (fls. 46 e 47) contendo rabisco indicando que as mesmas foram objeto de conferência.

Com essas ponderações, o autuante discordou do pedido de reabertura do prazo de defesa, por ausência de motivação e fundamento legal.

Quanto ao mérito, destaca que o autuado ao questionar a infração 01, não apresentou prova da origem legal dos recursos utilizados para pagar as aquisições das mercadorias e bens constantes nas notas fiscais não registradas na escrita fiscal. Não acatou o pedido de dedução de créditos fiscais no levantamento fiscal, porque a base de cálculo foi determinada sobre o valor das operações omitidas, com base no artigo 60, I, 2º, § 3º, IV, do RICMS/97;

Relativamente à infração 02, esclareceu que a multa foi aplicada em razão da omissão de dados relativos a operações não registradas na escrita fiscal, conforme documentos fls. 54 a 56, o que no seu entendimento não foi contestado pelo autuado.

Ao final, requereu: a) o reconhecimento da procedência total do auto, com manutenção dos dados apurados; b) indeferimento do pedido de reabertura de prazo, por falta de fundamentação legal; c) o indeferimento da defesa, por não conter a identificação clara dos nomes do signatário, e seu RG, conforme determina o RPAF.

O processo foi baixado em diligência à Infaz de Itabuna, com a reabertura do prazo de defesa por 30 (trinta) dias, tendo em vista que foi observada a necessidade do autuante prestar alguns esclarecimentos e apresentar cópias de notas fiscais obtidas no CFAMT e não juntadas ao processo, além de esclarecimentos sobre a apuração do débito da infração 01, conforme despacho de diligência à fl. 59.

O autuante atendendo à intimação supra, em relação à infração 01, esclareceu que antes de findado o prazo de defesa, as notas fiscais requisitadas ao CFAMT, através das requisições nº 51606, 51607 e 51608 (cópias anexas), foram juntadas ao Processo, constatando-se que, de todas as notas requisitadas, apenas 24 (vinte e quatro) notas foram efetivamente recepcionadas; destas, as Notas Fiscais nº 3657, 1383, 1389, e 4729, não foram juntadas, porque se apresentavam ilegíveis, com dados divergentes da listagem original ou, não se referiam a operações tributadas.

Informou que das notas fiscais requisitadas ao CFAMT, foram apresentadas 04 (quatro) notas fiscais, relativas ao exercício de 2.004; 15 (quinze) relativas ao exercício de 2.005; e 01 (uma) relativa ao exercício de 2.006.

Disso decorrente, refez a Planilha 02 (fl. 65), ora juntada ao processo, com a exclusão das notas fiscais não recebidas do CFAMT, resultando no débito no valor de R\$72.593,22.

Quanto à infração 02, para cumprimento da diligencia, o contribuinte foi novamente intimado em 06/06/2.008 (fl. 63), a apresentar os Livros REM de 2004 a 2006, bem como as respectivas DMAs, entretanto, não atendeu à Intimação até o dia 12/06/2008.

Mesmo assim, informou ter constatado que ocorreram divergências nos dados informados nas DMAs mensais, pelas evidencias a seguir, que podem ser comprovadas a partir dos extratos da “Balança Comercial” das DMAs mensais obtidas junto ao Sistema INC e, ora juntadas ao Processo:

1. Não registrou na DMA de 05/2004, a Nota Fiscal nº 150, de 09/05/04, no valor de: R\$7.395,00, constante da Planilha 01, e juntada uma via ao processo, fl. 39;
2. Não registrou na DMA de 09/2004, a Nota Fiscal nº 849940, de 29/09/04, no valor de: R\$832,53, oriunda do Paraná, constante da Planilha 01, e juntada ao processo, fl. 38;
3. Não registrou na DMA de 10/2004, a Nota Fiscal nº 646056, de 08/10/2004, no valor de R\$9.631,28, oriunda do Ceará, constante da Planilha 01, e juntada ao Processo, fl. 40;
4. Não registrou nas DMAs. dos meses: 01/2005, 02/2005, 04/2005, 05/2005, 06/2005, 07/2005, 09/2005, 10/2005, 11/2005 e 12/2005, todas as notas fiscais relacionadas na Planilha 03, as quais se encontram juntadas ao Processo, fls. 21 a 36;
5. Não registrou na DMA de 02/2006, a Nota Fiscal nº 181927, de 13/02/2006, no valor de R\$1.308,96, oriunda de São Paulo, constante da Planilha 04, e juntada ao Processo.

Concluindo, ressalta que ficou comprovado que efetivamente, o contribuinte declarou dados incorretos nas DMAs mencionadas, omitindo as notas fiscais constantes de listagens nas Planilhas 01, 03 e 04 (fls. 64 a 66 a 67).

Conforme intimação e AR dos Correios (docs. fls. 86 e 87), foi reaberto o prazo de defesa por 30 (trinta) dias, tendo o autuado se manifestado às fls. 89 a 91, com base nos seguintes argumentos defensivos.

Confirma o recebimento de cópias das notas fiscais, aduzindo que as mercadorias nelas constantes foram adquiridas para uso e consumo, despesas gerais e bens do ativo imobilizado (ferramentas), sendo calculada a exigência fiscal à alíquota de 17%, desconsiderando o crédito fiscal destacado nas mesmas, e dando tratamento como se as mercadorias tivessem sido adquiridas para revenda. Apresentou um demonstrativo contendo relação de 19 (dezenove) notas fiscais, destinação das mercadorias e condição de pagamento das mesmas (fl. 92).

Sobre a infração 02, alega que os dados divergentes representados pelas notas fiscais constantes nos demonstrativos apresentados pelo autuante se referem a mercadorias adquiridas para uso e consumo, despesas gerais e bens do ativo imobilizado.

Concluindo, pede a improcedência da autuação.

## VOTO

As infrações descritas no Auto de Infração são concernentes a: 1) omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas nos anos de 2004 a 2006; 2) Declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DMA – Declaração de Apuração Mensal do ICMS, ambas ocorrências relativas aos exercícios de 2004 a 2006.

Os papéis de trabalho referentes ao cálculo do débito encontram-se no processo nas fls. 08 a 10, quais sejam: “Demonstrativo de Débitos” (fl. 07) e “Demonstrativo das Notas Fiscais não Declaradas” (fls. 08 a 10). Além disso, foram juntadas cópias de diversas notas fiscais obtidas junto ao CFAMT (fls.20 a 40).

Na fase de instrução, tendo em vista a necessidade de instruir o processo com todos os elementos de provas das imputações, foi verificado que para a apuração do débito das infrações 01 e 02 foram consideradas notas fiscais obtidas através do CFAMT, sem que tivesse sido juntada aos autos a totalidade das respectivas cópias e a comprovação de entrega das mesmas ao contribuinte autuado, bem como não foi apresentada relação analítica das notas fiscais tidas como não declaradas na DMA.

Baixado o processo em diligência à Infaz de origem, o autuante informou que das notas fiscais requisitadas ao CFAMT, foram apresentadas cópias das que se encontram nos autos e relacionadas às fls. 64, 66 e 67, bem como, que as notas fiscais não declaradas na DMA são as que se encontram relacionadas à fl. 62. O órgão preparador da Infaz de origem, mediante intimação, entregou cópias das notas fiscais constantes no processo e dos novos elementos anexados ao processo, conforme intimação e AR dos Correios às fls.86 e 87, reabrindo o prazo de defesa.

No mérito, a infração 01 está foi enquadrada no § 4º do artigo 4º, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.542 de 27/12/02, efeitos a partir de 28/12/02, que reza *in verbis*: “O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos 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”.

A constatação de entrada de mercadorias não contabilizadas autoriza a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas, cabendo ao contribuinte comprovar a improcedência dessa presunção legal.

Na defesa fiscal, o autuado confirmou o recebimento de cópias das notas fiscais obtidas no CFAMT, não negou a falta de registro das notas fiscais, porém argüiu que as mercadorias adquiridas foram destinadas para uso e consumo e para o ativo imobilizado, e ainda, que não foram considerados os créditos fiscais, sendo dado o tratamento às mercadorias como se fossem adquiridas para revenda. Não apresentou qualquer documento para elidir a acusação fiscal.

Analizando o argumento defensivo, observo que não é sobre as notas fiscais que está sendo exigido o imposto, mas sobre as operações omitidas que foram realizadas anteriormente, cuja

receita foi utilizada no pagamento de tais aquisições, e por se tratar de uma presunção de omissão de saídas, independe se as mercadorias foram adquiridas para comercialização ou destinadas ao consumo ou ativo imobilizado. Tratando-se de omissão de saídas anteriores não é devido conceder os créditos fiscais das notas não registradas, podendo, no entanto, na condição de contribuinte inscrito no regime normal escriturar, na forma da legislação vigente, as notas fiscais e fazer uso dos créditos fiscais no mês do lançamento.

Mantenho o lançamento, com a redução do débito para o valor de R\$72.593,22 (fl. 65), uma vez que o autuante excluiu as notas fiscais cujas cópias não foram acostadas ao processo.

Quanto à infração 02, consta na descrição do fato que houve omissão de dados nas DMA's referentes aos anos de 2004 e 2006. Diante da informação prestada pelo autuante à fl. 62, a pedido desta JJF, observo que as notas fiscais que não foram declaradas nas DMA's dos anos de 2004, 2005 e 2006, foram as de nº 150, 849940 e 646056 (2004); todas as notas fiscais relacionadas à fl. 66 (2005); e NF nº 181927 (2006).

Ocorre que estas mesmas notas fiscais foram utilizadas no levantamento fiscal de que cuida a infração 01, ficando caracterizado que a omissão de saídas de mercadorias com base em tais notas fiscais foi uma consequência direta do descumprimento da obrigação acessória em não declará-las nas DMA's respectivas.

Apesar de está caracterizada a infração, entendo que não é devido aplicar a multa em questão, nos termos do § 5º do art. 915 do RICMS/97, pois a multa pelo descumprimento de obrigação acessória deste item foi absorvida pela multa prevista para o descumprimento da obrigação principal da infração 01, impondo a sua insubsistência.

Pelo exposto, voto **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração no valor de **R\$72.593,22**, conforme demonstrativo de débito abaixo:

Data Ocor.	Data Vencto.	B. de Cálculo	Aliq.(%)	Multa (%)	Vr.do Débito	INF.
31/12/2004	09/02/2006	24.008,47	17	70	4.081,44	1
31/12/2005	09/03/2006	401.701,53	17	70	68.289,26	1
31/12/206	09/04/2006	1.308,94	17	70	222,52	1
			TOTAL		72.593,22	

## 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 207185.0050/07-3, lavrado contra **MADEREIRA SÃO GABRIEL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$72.593,22**, acrescido da multa de 70% prevista no artigo 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de agosto de 2008.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE/RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR