

A. I. N ° - 269198.0039/08-0
AUTUADO - MARIA GORETTI DE OLIVEIRA MORAIS & CIA. LTDA.
AUTUANTE - FRANCISCO DE ASSIS RIZERIO
ORIGEM - INFAZ/IRECÊ
INTERNET - 19.02.2009

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0008-02.09

EMENTA: ICMS. 1. 2. ENTRADAS DE MERCADORIAS. 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 comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Infração comprovada. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS NÃO ENQUADRADAS NO REGIME DE ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE RECOLHIMENTO.** É devido a antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias, não enquadradas no regime de substituição tributária, quando adquiridas fora do Estado para comercialização. Infração caracterizada. **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. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 28/02/2008, para constituir o crédito tributário no valor de R\$73.981,04, em decorrência de:

- 1- Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apuradas através de entradas de mercadorias não registradas, com imposto devido no valor de R\$32.512,81.
- 2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$34.706,92, referente a antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

3- Falta de recolhimento do ICMS por antecipação, no valor de R\$6.761,31, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

O autuado impugnou o lançamento tributário, fls. 161 e 163, dizendo ser ilegal, por entender que as 03 infrações decorrem de um único fato gerador, incorrendo a cobrança em duplicidade, por acreditar que a omissão apurada na infração 01 engloba a “omissão de entradas apurada nas demais infrações do mesmo lançamento”. Frisa que esse é o mesmo princípio adotado pela SEFAZ na Auditoria de Estoques, quando o fiscal só toma como base de cálculo uma das omissões, ou de entradas ou de saídas, jamais computando ambas as omissões.

Aduz que houve ofensa aos princípios da segurança jurídica e da proibição do confisco, citando a Constituição Federal, transcrevendo o artigo 27 da Lei nº 9868/99, que trata da declaração de inconstitucionalidade por parte do Supremo Tribunal Federal.

Ao final, requer a nulidade ou procedência parcial do Auto de Infração.

Na informação fiscal, fls. 167 e 168, o autuante destaca que observou nas razões da defesa que há um reconhecimento das infrações, limitando-se, o autuado, a questionar o número de fatos geradores do Auto de Infração.

Frisa que, se as notas fiscais estivessem escrituradas, tanto o imposto decorrente da antecipação parcial, para as operações com as mercadorias sujeitas à tributação normal, quanto o imposto decorrente da antecipação tributária, para as operações com as mercadorias relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, seriam devidos. Da mesma forma, se ambos os impostos acima relatados estivessem pagos e as notas fiscais não estivessem registradas, estaria caracterizada a omissão de saídas, não havendo *BIS IN IDEM*.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a 2ª JJF decidido por sua conversão em diligência, para que fosse entregue cópias das notas fiscais e dos demonstrativos, além de intimar o autuado sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias.

A diligência foi cumprida conforme Termo de Intimação à folha 173, porém o autuado não se manifestou.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ICMS em decorrência de 03 (três) infrações. A infração 01 é relacionada a falta do recolhimento do ICMS relativa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. As infrações 02 e 03 tratam da falta de recolhimento do ICMS relativa a antecipação parcial e antecipação total, respectivamente.

Em sua peça defensiva o autuado alega que a infração 01 englobaria as demais infrações, caracterizado duplicidade de cobra, gerando insegurança jurídica e o confisco, infringindo os princípios da segurança jurídica e do não confisco, citando a Constituição Federal.

As alegações defensivas não são capazes de ilidir as imputações contidas nas infrações relativas a constituição do crédito tributário ora em lide, pois na infração 01 a imputação é de omissão de saída prevista no § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, ou seja, o ICMS sobre as vendas não teria sido recolhido integralmente, uma vez que o autuado deixou de emitir nota fiscal de parte de suas vendas, gerando receitas não declaradas as quais foram utilizadas para pagamento das compras não registradas. Logo, nessa infração está sendo exigido o ICMS das operações anteriores

omitidas. Já nas infrações 02 e 03, está sendo exigido o imposto não pago a título de antecipação tributária e antecipação tributária parcial. Portanto, não existe qualquer relação entre as cobranças, não cabendo as alegações defensivas de ilegalidade e de confisco, pois se tratam de infrações independentes.

Ressalto que, ao contrário do que alegou o autuado, quando na Auditoria de Estoque é apurada entrada sem nota fiscal, é exigido o ICMS da operação normal e o ICMS devido em função da Antecipação tributária. No caso em comento, mesmo que as notas fiscais estivessem registradas seria devido o ICMS da Antecipação Parcial e da Antecipação referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA.

Na infração 01 é imputado ao autuado a falta do recolhimento do ICMS relativa a omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

Nesta situação, determina o art. 2º, § 3º, IV, do RICMS/97, ao tratar do momento da ocorrência do fato gerador, que se presume a ocorrências de operações tributáveis sem pagamento do imposto, a menos que o contribuinte comprove a improcedência da presunção, sempre que a escrituração indicar entradas de mercadorias não contabilizadas, além outras hipóteses. No mesmo sentido, estabelece o § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, a presunção de omissão de saídas nessa situação, o qual transcrevo abaixo para um melhor entendimento:

“Art. 4º...

§ 4º 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.”

Saliento que o autuado não questiona os números apresentados no levantamento e não questiona o fato das notas fiscais não terem sido escrituradas, simplesmente alegou que essa infração englobaria as demais, com o que não concordo, conforme manifestação acima.

Devo ressaltar que o PAF foi convertido em diligência a INFAZ DE ORIGEM, uma vez que não consta nos autos o recibo de entrega ao contribuinte das 3ª e 4ª vias de diversas notas fiscais e dos demonstrativos que embasaram as infrações 01, 02 e 03 do Auto de Infração em tela. Apesar de ter recebido as cópias dos referidos documentos e ser informando sobre a reabertura do prazo de defesa em 30 (trinta) dias para se pronunciar, o autuado silenciou.

Logo, entendo que o procedimento do auditor autuante ocorreu em conformidade com a legislação vigente, pois ficou comprovado que no período da autuação houve a ocorrência de diversas notas não registradas, restando caracterizadas a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto prevista § 4º, do art. 4º, da Lei 7.014/96, devendo a infração 01 ser mantida integralmente.

2- Falta de recolhimento do ICMS, no valor de R\$34.706,92, referente a antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

Na infração 02, é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS referente a antecipação parcial, sobre mercadorias adquiridas para comercialização, procedentes de outra unidade da Federação.

Na impugnação o autuado não questionou os números apresentados nem às notas fiscais constantes do levantamento fiscal, tendo somente alegado que a infração estaria englobada na infração, fato que já analisei anteriormente.

O regime de antecipação parcial tem sua incidência prevista em relação às aquisições interestaduais para fins de comercialização, conforme dispõe o art. 12-A da Lei 7.014/97, incluído pela Lei 8.967/03, o qual transcrevo para um melhor entendimento:

“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:

I - isenção;

II - não-incidência;

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

§ 2º O regulamento poderá fazer exclusões da sistemática de antecipação parcial do imposto por mercadoria ou por atividade econômica.”

§ 3º Nas operações com álcool poderá ser exigida a antecipação parcial do imposto, na forma que dispuser o regulamento”

Logo, entendo que a infração 02 restou caracterizada.

Na infração 03, é imputado ao autuado a falta de recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e relacionadas no anexo 88.

Em sua peça defensiva o autuado, assim como nas infrações anteriores, apesar de ter recibo cópia de todas as notas fiscais e demonstrativos da infração, não apresentou nenhum questionamento em relação aos números e documentos utilizados nos demonstrativos. Quanto a alegação defensiva que a falta de recolhimento do ICMS por antecipação tributária já estaria englobado na infração, ou seja, na omissão de saída, esse argumento já foi analisado no início do voto, não sendo capaz de elidir a autuação.

Assim, entendo que a infração 03 restou caracterizada.

Diante do acima exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 269198.0039/08-0, lavrado contra **MARIA GORETTI DE OLIVEIRA MORAIS & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$73.981,04**, acrescido das multas de 60% sobre

ESTADO DA BAHIA
SECRETARIA DA FAZENDA
CONSELHO DE FAZENDA ESTADUAL (CONSEF)

R\$41.468,23 e de 70%, sobre R\$32.512,81, previstas no art. 42, II, “d” e III da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de fevereiro de 2009.

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA - RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR