

A. I. N° - 232943.2018/07-5
AUTUADO - C M A DE MELO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - INFRAZ ITABUNA
INTERNET - 23/04/2009

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF N° 0082-03/09

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. Infração reconhecida pelo sujeito passivo, e comprovada nos autos. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. É devido o pagamento a título de antecipação parcial do ICMS, até o dia 25 do mês subsequente ao da entrada neste Estado, pelo contribuinte credenciado que adquirir, para comercialização, mercadorias não enquadradas na substituição tributária, em valor correspondente a diferença entre a alíquota interna e a interestadual. Infração caracterizada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIOS FECHADOS DE 2002 A 2006, EXERCÍCIO ABERTO DE 2007. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DA SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. MERCADORIAS JÁ SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Constatando-se diferença de entradas de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se as mercadorias já saíram sem tributação, deve-se exigir o pagamento do imposto do detentor das mercadorias em situação irregular, atribuindo-se-lhe a condição de responsável por ter adquirido mercadoria de terceiro desacompanhada de documentação fiscal, bem como o imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido. Infrações comprovadas. 4. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Contribuinte não procedeu ao recolhimento do saldo devedor de ICMS lançado em sua Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA, espelho do seu livro Registro de Apuração do ICMS. Infração comprovada. Indeferidos os pedidos de perícia e de revisão fiscal. Realizada diligência com reabertura do prazo de defesa, nos termos do artigo 129, §4º, do COTEB. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração foi lavrado em 19/09/2007 e exige ICMS no valor de R\$33.301,85, acrescido das multas de 50%, 60% e 70%, em razão das seguintes infrações:

Infração 01. Falta de recolhimento do ICMS devido 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/BA. Demonstrativo à fl. 16. Mês de outubro/2006. ICMS no valor de R\$2.878,54, acrescido da multa de 60%.

Infração 02. Falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização. Demonstrativo à fl. 24. Mês de outubro/2006. ICMS no valor de R\$1.594,20, acrescido da multa de 60%.

Infração 03. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício fechado. Demonstrativos às fls. 78 a 159. Exercícios de 2002 a 2006. ICMS no valor de R\$9.514,21, acrescido da multa de 70%.

Infração 04. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício fechado. Demonstrativos à fl. 31. Exercícios de 2002 a 2006. ICMS no valor de R\$3.329,97, acrescido da multa de 60%.

Infração 05. Falta de recolhimento do imposto, na condição de responsável solidário, por ter adquirido mercadorias de terceiros desacompanhadas de documentação fiscal e, consequentemente, sem a respectiva escrituração das entradas de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadoria em exercício aberto. Demonstrativo à fl. 32. Exercício de 2007. ICMS no valor de R\$11.617,95, acrescido da multa de 70%.

Infração 06. Falta de recolhimento do imposto devido por antecipação tributária, de responsabilidade do próprio sujeito passivo, apurado em função do valor acrescido, de acordo com percentuais de margem de valor adicionado, deduzida a parcela do tributo calculada a título de crédito fiscal, por ter adquirido mercadorias de terceiro desacompanhadas de documentação fiscal, decorrente da omissão do registro de entrada de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, apurado mediante levantamento quantitativo de estoque em exercício aberto. Demonstrativos à fl. 31. Exercício de 2007. ICMS no valor de R\$4.066,28, acrescido da multa de 60%.

Infração 07. Falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios. Declaração e Apuração Mensal do ICMS - DMA à fl. 28. Mês de junho/2004. ICMS no valor de R\$300,70, acrescido da multa de 50%.

O autuado, por intermédio de advogado com Procuração à fl. 248, ingressa com impugnação ao lançamento de ofício às fls. 245 a 247, na qual acata a imputação 01 (identificada no Auto de Infração em lide, e pelo autuado na contestação, sob código 07.01.01), aduzindo que o pagamento deste débito estaria sendo providenciado; em seguida afirma que as imputações 02 a 07 (identificadas no Auto de Infração, e também pelo impugnante, sob códigos 07.15.01, 04.05.08, 04.05.09, 04.06.09, 04.06.10, e 02.01.01, seqüencialmente) teriam sido objeto dos Autos de Infração nº 110427.0012/06-5 e nº 206935.0013/07-06, pelo que estaria ocorrendo, com a presente autuação, *bitributação*, com a exigência de um mesmo tributo relativamente ao mesmo fato gerador.

Conclui requerendo que, caso este CONSEF não considere as Infrações 02 a 07 improcedentes, seja determinada revisão fiscal por preposto alheio ao feito; pede que seja marcada data de julgamento, da qual seja o autuado cientificado pessoalmente, para que possa apresentar sustentação oral; que lhe seja reconhecido o direito de recurso, perícia e demais meios de prova e contra-prova, caso necessário. Anexa, às fls. 249 a 254, cópia do Auto de Infração ora contestado.

O autuante presta informação fiscal às fls. 257 e 258, na qual inicialmente relata os termos da autuação e da impugnação, e em seguida aduz que os dois Autos de Infração citados pelo contribuinte foram lavrados por dois outros auditores fiscal, que identifica como Nélio Manoel dos Santos (Auto de Infração nº 206935.0013/07-06, julgado procedente em parte) e Ubaldo Reis Ribeiro (Auto de Infração nº 110427.0012/06-5, ainda não julgado, à época da informação fiscal). Afirma que as autuações decorreram de “Omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com cartão de crédito, ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito” – infração identificada no Sistema de Emissão de Auto de Infração – SEAI sob código 05.08.01 - respectivamente nos períodos de janeiro a junho de 2006, e de julho a dezembro de 2006. Afirma que o autuado teve ciência dos Autos de Infração que cita e anexa, às fls. 259 e 260, documento emitido pelo Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, com os Demonstrativos de Débitos dos dois mencionados Autos de Infração, nos quais consta a codificação da infração objeto de cada autuação.

Cientificado da informação fiscal, conforme documentos de fls. 261 e 262, o contribuinte volta a manifestar-se às fls. 264 e 265, aduzindo, quanto às imputações:

Infração 02 - sob código 07.15.01 no Auto de Infração – “não estaria comprovada a falta de pagamento da antecipação parcial relativa à aquisição de mercadorias fora do Estado, Infração 07.15.01. Conseqüentemente, não deve prosperar tal pretensão do zeloso Auditor. Espelhando-se no quanto acima firmado a 2ª Infração enumerada como 07.01.01.”

Infrações 04 e 05 – respectivamente sob código 04.05.09 e sob código 04.06.09 no Auto de Infração - diz que suas apurações teriam sido realizadas por meios não comprehensíveis, ou convincentes, pelo que não deveriam ser consideradas válidas.

Em seguida, o sujeito passivo aduz que “O que realmente ocorreu por ocasião das vendas, foi a falta de distinção das vendas propriamente à vista e as com cartão, sendo estas registradas como a vista por questão de operacionalidade do funcionário da Autuada, não havendo entretanto sonegação do ICMS.” Prossegue expondo “Quanto aos dois “Demonstrativos de Débitos” acostados aos autos, nada provam, são de confecção própria do autuante, provas são documentos convincentes, tipo notas fiscais, contagem física com cópias das notas de entradas e saídas e R. Inventário. Logo, ficam impugnados tais documentos.”

Conclui repetindo o pedido de revisão fiscal do feito e de julgamento pela improcedência da autuação, e afirmando reiterar os pedidos da primeira impugnação.

Às fls. 268 e 269, considerando o fato de não constar, no processo, demonstrativo de cálculo do preço médio referente às Infrações 03 a 06, que tratam de omissões apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoque nos exercícios de 2002 a 2007, e que também não há recibo do sujeito passivo comprovando que lhe foram fornecidos todos os demonstrativos que baseiam a autuação; e na busca da verdade material, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal decidiu converter o processo em diligência à INFRAZ de origem para que o autuante acostasse aos autos o mencionado demonstrativo do cálculo do preço médio relativo às imputações 03 a 06; a INFRAZ intimasse o contribuinte e fornecesse-lhe cópia dos documentos de fls. 01 a 229, fls. 257 a 260, e daquela Diligência, e de todos os novos demonstrativos acostados ao processo pelo autuante, em seu atendimento, reabrindo-lhe o prazo de

defesa para manifestar-se objetivamente acerca das imputações referentes ao presente Auto de Infração.

A INFRAZ de origem atendeu parcialmente à Diligência, reabrindo o prazo de defesa do contribuinte, documentos de fls. 270 e 271. O contribuinte, intimado a pronunciar-se, manteve-se silente, conforme documento de fl. 272.

À fl. 274, considerando o atendimento apenas parcial da Diligência, esta 3^a JJF deliberou, em nova pauta suplementar, pela conversão do processo em Diligência à INFRAZ de origem, para que o autuante acostasse aos autos o mencionado demonstrativo do cálculo do preço médio relativo às imputações 03 a 06; a INFRAZ intimasse o contribuinte e fornecesse-lhe cópia dos documentos de fls. 01 a 229, fls. 257 a 260, fls. 268 e 289, da nova Diligência, e de todos os novos demonstrativos acostados ao processo pelo autuante, em seu atendimento, reabrindo-lhe o prazo de defesa para manifestar-se objetivamente acerca das imputações referentes ao presente processo.

Às fls. 275 a 277, o autuante anexou o demonstrativo solicitado à fl. 274. O contribuinte recebeu os documentos conforme determinado por esta 3^a JJF, e teve ciência da segunda reabertura do seu prazo para impugnação, consoante recibos que assinou às fls. 278 e 279, mantendo-se silente, tal como informa a INFRAZ de origem, à fl. 281.

VOTO

O Auto de Infração em lide exige ICMS não recolhido em razão das sete infrações descritas no Relatório que antecede este voto.

Preliminarmente, verifico que encontram-se no processo todos os seus pressupostos de validade, inclusive tendo sido reaberto, por duas vezes, o prazo para impugnação do lançamento de ofício, nos termos do artigo 129, §4º, do COTEB, conforme documentos de fls. 270 e 271, e de fls. 278 e 279. O procedimento fiscal encontra-se embasado nos documentos e demonstrativos de fls. 08 a 229, 259, 260, e fls. 275 a 277 deste PAF. Quanto ao pedido do contribuinte no sentido de produção de todas as provas em Direito admitidas, inclusive da sustentação oral em sessão de julgamento, está deferido, conforme dispõe o RPAF/99.

Indefiro os pedidos de revisão fiscal e de realização de perícia, nos termos do artigo 147, inciso II, alínea “a”, e §1º, do RPAF/BA, em razão de que as provas constantes deste processo, produzidas inclusive em razão de diligências determinadas por esta 3^a JJF, são suficientes para a formação do meu convencimento.

No mérito, em relação à Infração 01 - identificada no Auto de Infração em lide, e pelo autuado na contestação, à fl. 245, sob código 07.01.01 - falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições, no mês de outubro/2006, de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação e relacionadas no Anexo 88 do RICMS/BA, o contribuinte, à fl. 245, reconhece o cometimento desta infração e afirma que o pagamento do imposto estaria “em pleno e pacífico andamento.” Contudo, à fl. 264, reporta-se ao código 07.01.01, que à fl. 245 identificara corretamente como Infração 01, como se este código numérico do Sistema Automatizado de Emissão do Auto de Infração - SEAI fosse referente à Infração 02. Assinalo que o contribuinte anexou, às fls. 249 a 254, cópia do Auto de Infração ora contestado, o que comprova que teve conhecimento dos códigos relativos a cada imputação, e à descrição individualizada das mesmas. Ademais, o recibo que assina à fl. 278 comprova que o sujeito passivo recebeu todos os documentos e demonstrativos que embasam a autuação, quando da segunda reabertura de seu prazo de impugnação. De posse dos mesmos, o contribuinte não questiona de forma específica os dados numéricos constantes do demonstrativo do levantamento fiscal, à fl. 16,

nem comprova que procedeu ao recolhimento do imposto reclamado. Por estes motivos, considero procedente a Infração 01.

Quanto à infração 02 - identificada no Auto de Infração em lide, e pelo autuado na contestação, à fl. 245, sob código 07.15.01 - falta de recolhimento do ICMS devido por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, o autuado, à fl. 246, em sua primeira impugnação, afirma que as imputações 02 a 07 já teriam sido objeto de dois outros Autos de Infração. Em sua segunda impugnação, à fl. 264, contudo, diz não restar provado que houve falta de pagamento do imposto lançado à mesma referente, e ao mesmo tempo afirma que os demonstrativos de débito acostados ao processo são de autoria do autuante, pelo que, assevera, não seriam provas do cometimento da infração.

Quanto à primeira afirmação do contribuinte, que se reporta às infrações 02 a 07, o Fisco comprova que nos Autos de Infração citados pelo sujeito passivo (Autos de Infração nº 206935.0013/07-06, e nº 110427.0012/06-5, cujos Demonstrativos de Débitos emitidos pelo Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte – INC/SEFAZ, foram anexados pelo Fisco às fls. 259 e 260) as autuações decorreram de “Omissão de saída de mercadoria apurada por meio de levantamento de venda com cartão de crédito, ou de débito, em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito” – infração codificada no Sistema de Emissão de Auto de Infração – SEAI sob código 05.08.01 - respectivamente nos períodos de janeiro a junho de 2006, e de julho a dezembro de 2006. Ou seja, tais Autos de Infração não guardam relação com o objeto do processo ora em lide, pelo que não acato esta afirmativa de que teria ocorrido superposição de tributação, pelo Estado da Bahia, em relação às mencionadas infrações 02 a 07. Ou seja, não ocorreu o *bis in idem*. Também não aconteceu, no caso em foco, a bitributação, que seria a imposição de tributos diversos em razão da ocorrência do mesmo fato gerador. Trata-se tão somente de ICMS exigido em razão de infrações diversas, nos três Autos de Infração.

Quanto ao segundo argumento impugnatório relativo à imputação 02, qual seja este a alegação da falta de provas do cometimento da infração, observo que no demonstrativo de fl. 24 consta que no mês de outubro/2006 ocorreu a falta de recolhimento de ICMS referente a operações descritas em três notas fiscais destinadas ao autuado, cujas cópias foram acostadas às fls. 25 a 27 destes autos pelo Fisco, e o contribuinte, tendo recebido toda esta documentação, nas duas vezes em que se pronunciou no processo, e quando das duas reaberturas de seu prazo de defesa, não comprovou o pagamento do imposto relativo a tais operações, que neste processo estão comprovadas. Bastaria ao contribuinte trazer ao processo a prova do pagamento do tributo lançado, realizado antes de iniciada a presente ação fiscal, para que esta imputação fosse considerada improcedente. Tal não ocorreu e o Fisco, cumprindo sua atribuição legal, elaborou os demonstrativos embasados em documentos fiscais com cópias anexadas ao processo, e apurou a evasão de receita tributária. Por estes motivos, está provada a procedência da infração 02.

No que tange às Infrações 03 a 06, tratam de falta de recolhimento do imposto apurado em levantamento quantitativo de estoque nos exercícios fechados de 2002 a 2006, e no exercício aberto de 2007. Os demonstrativos fiscais destas infrações estão acostados às fls. 29 a 229 do processo e, em atendimento às Diligências determinadas por esta 3ª JJF - sem a provocação do contribuinte, mas por dever de ofício - o autuante anexou, às fls. 275 a 277, o demonstrativo do cálculo do preço médio das mercadorias objeto das imputações. O contribuinte, de posse destes documentos, e tendo sido reaberto o seu prazo de defesa quando do recebimento dos mencionados demonstrativos, manteve-se silente, nada trazendo ao processo que elidisse a imputação. Igualmente não se reportou, de forma específica, aos dados numéricos dos demonstrativos que lastreiam as imputações. Quando de sua primeira impugnação, argüiu que estas imputações teriam sido objeto de outros dois Autos de

Infração, alegação esta repelida pelos documentos acostados pelo Fisco ao processo, conforme já relatado neste voto.

Assinalo que, em sua segunda manifestação nos autos, o sujeito passivo modificou a argumentação inicial e afirmou que as infrações sob código 04.05.09 e 04.06.09 – respectivamente identificadas como Infrações 04 e 05 no Auto de Infração em lide e pelo autuado na contestação à fl. 246 - não estavam comprovadas, e que as apurações teriam sido realizadas por meios esdrúxulos, não comprehensíveis, ou convincentes. Tratando-se de levantamento quantitativo de estoque, auditoria fiscal esta regida pela Portaria nº 445/98, e estando acostados ao processo os documentos que embasam as imputações, dos quais o contribuinte recebeu todas as cópias; não tendo, o autuado, provado a insubsistência da imputação, a mera negativa do cometimento das infrações não o desonera de provar a insubsistência das imputações, nos termos do artigo 143 do RPAF/99.

Assinalo, contudo, que embora o autuante tenha indicado corretamente o percentual de multa aplicável à Infração 06, de 60% do valor do imposto exigido, foi indicado equivocadamente, no Auto de Infração, o inciso I, alínea “a”, do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, quando o correto é o inciso II, alínea “d”, do mesmo artigo, pelo que este é o dispositivo a ser considerado nesta lide, mantendo-se o percentual de 60%. A indicação incorreta do dispositivo legal não implicou em modificação do débito lançado, pelo que não houve prejuízo ao erário, nem ao contribuinte, com esta incorreção do Auto de Infração, em sua emissão eletrônica, e, nos termos do artigo 19 do RPAF/99, o erro em indicação de dispositivo não implica em falta validade da imputação desde que, pela descrição dos fatos, fique evidente o seu enquadramento legal, o que ocorre no caso em foco, em que os fatos foram devidamente explicitados na descrição da infração.

Por estes motivos, considero procedentes as imputações 03 a 06, com os percentuais de multa em cada uma indicados, no Auto de Infração.

No que se reporta à Infração 07 - identificada no Auto de Infração em lide, e pelo autuado na contestação, à fl. 246, sob código 02.01.01 - falta de recolhimento do ICMS no prazo regulamentar, referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, o contribuinte apenas reporta-se a esta imputação em sua primeira manifestação no processo, à fl. 246, com o argumento, já analisado neste voto, e não acatado em face dos documentos constantes destes autos, de que esta imputação também teria sido objeto de outros dois Autos de Infração.

A Declaração e Apuração Mensal do ICMS – DMA é o documento econômico-fiscal previsto no artigo 332, inciso I, cuja obrigatoriedade de entrega encontra-se determinada no artigo 333, caput, §1º, inciso I, ambos do RICMS/BA e que, em redação vigente entre 11/09/05 e 03/08/07, previa:

art. 333. Os contribuintes inscritos na condição de normal, (...), deverão apresentar, mensalmente, a Declaração e Apuração Mensal do ICMS (DMA).

§ 1º Para cumprimento do disposto neste artigo, observar-se-á o seguinte:

I - na DMA serão informadas, em síntese, as operações e prestações realizadas em cada estabelecimento, do primeiro ao último dia do mês anterior, especificando as operações de entradas e saídas de mercadorias, bem como os serviços utilizados ou prestados, por unidade da Federação, e outros elementos exigidos no modelo do referido documento, devendo constituir-se em resumo e exato reflexo dos lançamentos efetuados nos livros Registro de Entradas, Registro de Saídas e Registro de Apuração do ICMS;

Verifico que o contribuinte lançou em sua DMA de junho/2006, cópia à fl. 28, reflexo de seu livro Registro de Apuração do ICMS, o valor de imposto a recolher de R\$300,70, e o Fisco apurou que este montante não foi recolhido, imputação esta que não foi negada, em termos objetivos, pelo contribuinte. Nos termos do artigo 129-A do Código Tributário do Estado da Bahia – COTEB, em redação com efeitos a partir de 01/01/2006, a declaração de obrigação tributária pelo sujeito passivo em documentos de informações econômico-fiscais previstos na legislação importa em confissão de dívida. Assim, é procedente a Infração 07.

Por tudo quanto exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 232943.2018/07-5, lavrado contra **C M A DE MELO MATERIAIS PARA CONSTRUÇÃO**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$33.301,85**, acrescido das multas de 50% sobre R\$300,70, 60% sobre R\$11.868,99 e 70% sobre R\$21.132,16, previstas no artigo 42, respectivamente nos incisos I, alínea “a”, II, alínea “d”, e III, da Lei n.º 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 13 de abril de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR