

A. I. Nº - 130070.0004/08-9
AUTUADO - REAL BABY CONFECÇÕES LTDA.
AUTUANTE - ELOAN DA SILVA FERREIRA
ORIGEM - INFRAZ ALAGOINHAS
INTERNET - 18. 06. 2009

1ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0156-01/09

EMENTA: ICMS. 1. IMPOSTO LANÇADO E NÃO RECOLHIDO. Infração reconhecida. 2. IMPOSTO LANÇADO E RECOLHIDO A MENOS. DIVERGÊNCIA ENTRE OS VALORES PAGOS E OS ESCRITURADOS NO LIVRO FISCAL. Infração reconhecida. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 4. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. **a)** FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. **b)** RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Infrações reconhecidas. 5. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO 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, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96). Corrigidos erros do levantamento para aplicação da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa n.56/2007. Infração parcialmente subsistente. Não acolhida a arguição de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 30/06/2008, exige ICMS no valor de R\$37.828,60, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS atribuídas ao autuado:

1. Deixou de recolher o ICMS nos prazos regulamentares referente a operações escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de agosto e novembro de 2005, março, junho, outubro a dezembro de 2006 e abril de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.832,29, acrescido da multa de 50%;
2. Recolheu a menos ICMS em decorrência de desencontro entre os valores do imposto recolhido e o escriturado no livro Registro de Apuração do ICMS, nos meses de outubro e dezembro de 2005, abril e maio de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.041,60, acrescido da multa de 60%;
3. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 e 89 [artigo 353, I,II, do RICMS/BA], nos meses de abril e setembro de 2005,

fevereiro, março e agosto de 2006 e novembro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 1.638,41, acrescido da multa de 60%;

4. Recolheu a menos ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, relacionadas no anexo 88 e 89 [artigo 353, I,II, do RICMS/BA], no mês de outubro de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 912,92, acrescido da multa de 60%;

5. Deixou de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de janeiro, julho, agosto e outubro de 2005, janeiro, maio, setembro, novembro e dezembro de 2006, fevereiro a maio e julho de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 7.960,56, acrescido da multa de 60%;

6. Recolheu a menos o ICMS antecipação parcial referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização, nos meses de fevereiro a abril, junho, setembro e dezembro de 2005, fevereiro, abril, junho a agosto e outubro de 2006 e janeiro de 2007, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 3.266,47, acrescido da multa de 60%;

7. Falta de recolhimento do ICMS constatada pela omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro, março a junho, outubro a dezembro de 2005, fevereiro e março de 2006, sendo exigido ICMS no valor de R\$ 13.176,35, acrescido da multa de 70%.

O autuado apresentou defesa às fls. 216 a 218, dizendo que não discute as infrações 01,02,03,04,05 e 06, contudo, não aceita a infração 07.

Alega que relativamente à infração 07, o Auto de Infração foi maculado de vício insanável, pelo fato de não ter o autuante observado o quanto determina a Instrução Normativa n.56/07, que reproduz.

Prosseguindo, diz que a base de cálculo desta infração está errada, por não ter observado o tratamento tributário dado as mercadorias apontadas como omitidas na entrada. Acrescenta que não poderá alegar o autuante que não houve elementos suficientes para exclusão das parcelas isentas, não tributadas e outras, haja vista que as notas fiscais foram apresentadas pelo próprio autuante.

Afirma que verificou ainda que as Notas Fiscais ns 001677,001678,001679, referem-se a compras de bens destinados ao ativo imobilizado, portanto, não haveria presunção de omissão de saídas pela falta de registro de entrada. Diz ainda que a Nota Fiscal n. 595887, lançada como não escriturada no mês de março de 2005, sua emissão ocorreu em 22/03/2006, cabendo, portanto, a sua exclusão do mês de março de 2005.

Conclui requerendo a nulidade do Auto de Infração, ou que seja determinada diligência fiscal para correção do levantamento para a infração 07.

O autuante prestou informação fiscal às fls. 221 a 226, contestando a nulidade argüida pelo autuado, sustentando que não se identificou qualquer vício que pudesse acarretar a invalidação do Auto de Infração. Diz que os casos que determinam a nulidade estão previstos no artigo 18 do RPAF/99, que transcreve.

Adentrando no mérito diz que as infrações 01 a 06, não foram alvo de impugnação pelo autuado. Relativamente à infração 07, afirma que é irrelevante se as mercadorias não registradas são destinadas a comercialização ou para integrar o ativo imobilizado, na correta interpretação do inciso IV do §3º do artigo 2º do RICMS/BA, que transcreve.

Reportando-se à Nota Fiscal n. 585887, afirma que contrariamente ao quanto alegado pelo autuado, esta se encontra lançada na competência de março de 2006, conforme demonstrativo à fl. 156.

Tece outras considerações sobre o comportamento do autuado e finaliza mantendo integralmente a autuação.

A 1^a Junta de Julgamento Fiscal, após discussão em Pauta suplementar, converteu o processo em diligência à INFRAZ/Alagoinhas (fl. 230), a fim de que fosse designado o autuante ou outro Auditor Fiscal, para apurar a proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa n. 56/2007.

O autuante cumprindo a diligência (fl. 232) elaborou novos demonstrativos (fls. 234 a 241) com observância da proporcionalidade.

Intimado o contribuinte, este através de advogados legalmente constituídos, se manifesta (fls. 251 a 255), afirmando que a informação fiscal explicitou ser de 49,78%, o montante relativo a mercadorias isentas que saíram do estabelecimento no exercício de 2005 e de 58,47% no exercício de 2006, porém, pelo relatório do próprio autuante se verifica que referidos percentuais foram arbitrados.

Alega que em nenhum momento foi explicado quais mercadorias eram isentas, quando ingressaram no estabelecimento e quando supostamente saíram, e qual o valor da venda ou outra informação, tendo o autuante instituído percentuais e os mesmos foram abatidos da receita contábil integral.

Acrescenta que os cálculos como apresentados, violam os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, por não dar ao contribuinte a exata dimensão do que lhe está sendo exigido. Tece amplos comentários sobre os princípios, invocando o artigo 5º da Constituição Federal, ensinamentos de De Plácido e Silva, Nelson Nery Júnior, Cintra, Grinover e Dinamarco.

Assevera que mantida a planilha apresentada sem a explicitação de quais mercadorias foram excluídas da base de cálculo por serem isentas, os princípios do contraditório e da ampla defesa serão frontalmente violados, por serem tais informações de extrema e irrefutável validade para o exercício da ampla defesa.

Conclui requerendo que o autuante refaça a planilha apresentada, explicitando quais os produtos isentos foram excluídos da base de cálculo. Requer, ainda, que as intimações sejam feitas no endereço Av. Tancredo Neves, 1632, Edf. Salvador Trade Center, Torre Sul, sala 1612/1614-Salvador/BA.

VOTO

O Auto de Infração em lide imputa ao autuado o cometimento de 07 infrações à legislação do ICMS, dentre as quais este reconhece as infrações 01 a 06, insurgindo-se, exclusivamente, contra a infração 07.

A princípio, verifico que o Auto de Infração foi lavrado em total observância às disposições do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal-RPAF/99, especialmente, o seu artigo 39, estando os fatos descritos com clareza e precisão, possibilitando o exercício do direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte, inexistindo qualquer vício que o inquise de nulidade.

Certamente, a não observância pelo autuante da proporcionalidade entre as saídas de mercadorias tributáveis normalmente e não tributáveis, conforme a Instrução Normativa n.56/2007, não se constitui em vício insanável, sendo possível corrigir a falha através de diligência, aliás, registre-se, como foi feito pela 1^a Junta de Julgamento Fiscal, tendo o autuado tomado ciência do resultado da diligência e se manifestado tempestivamente. Não acolho, portanto, a nulidade argüida.

No que concerne ao pedido do impugnante para que as intimações sejam feitas no endereço Av. Tancredo Neves, 1632, Edf. Salvador Trade Center, Torre Sul, sala 1612/1614-Salvador/BA, registro que nada obsta o atendimento do pleito e que o órgão competente da Secretaria da Fazenda envie as intimações e demais comunicações para o endereço requerido. Ressalto, no entanto, que o não atendimento a essa solicitação não caracteriza nulidade do Auto de Infração, uma vez que as situações previstas para intimação ou ciência da tramitação dos processos ao contribuinte estão disciplinadas no art. 108 do RPAF/99.

No mérito, verifico que na defesa inicial o autuado alega que as Notas Fiscais n.s 001677,001678 e 001679, por se referirem à aquisição de bens destinados ao ativo imobilizado não há que se falar em presunção de omissão de saída pela falta de registro na entrada, “*pois não podem ser consideradas mercadorias com objeto de mercancia.*”

Obviamente que labora em erro o autuado ao manifestar tal entendimento, haja vista que 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, conforme presunção legal nesse sentido, estabelecida no § 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Significa dizer que a exigência não diz respeito às aquisições de bens destinados ao ativo imobilizado, mas a omissão de receita decorrentes de vendas, cujo valor foi utilizado para aquisição dos referidos bens.

Alega também o autuado que a Nota Fiscal n. 595887 foi lançada como omissão de entrada em março de 2005, contudo, a sua emissão ocorreu em 22/03/2006, devendo ser excluída do levantamento do mês de março de 2005. Constatou assistir razão ao autuante quando diz que a citada nota fiscal se encontra lançada na competência de março de 2006, conforme demonstrativo à fl. 156. Convém ressaltar que, apesar de estar indicada no mês referido pelo autuado, não houve neste mês qualquer exigência de imposto.

Argumenta ainda o autuado a não observância pela Fiscalização da proporcionalidade, conforme a Instrução Normativa n. 56/2007, o que de fato restou comprovado no demonstrativo originalmente elaborado pelo autuante acostado aos autos.

No intuito de que fosse considerada a proporcionalidade, esta Junta de Julgamento, converteu o processo em diligência à INFRAZ/ALAGOINHAS, tendo o autuante apurado a proporcionalidade e elaborado novos demonstrativos que foram entregues ao autuado.

Ocorre que, na manifestação apresentada após conhecer o resultado da diligência, o impugnante alega que a informação fiscal explicitou ser de 49,78% o montante relativos às mercadorias isentas que saíram do estabelecimento no exercício de 2005 e de 58,47% no exercício de 2006, contudo, pelo relatório do próprio autuante se verifica que referidos percentuais foram arbitrados. Argumenta, ainda, que em nenhum momento foi explicado quais mercadorias eram isentas, quando ingressaram no estabelecimento e quando supostamente saíram, e qual o valor da venda ou outra informação, tendo o autuante instituído percentuais e os mesmos foram abatidos da receita contábil integral.

Constatou incorrer em equívoco o impugnante quando sustenta tais argumentos, haja vista que o autuante não arbitrou os percentuais apurados e apontados nos demonstrativos acostados aos autos, pois se utilizou de dados e informações prestadas pelo próprio contribuinte à SEFAZ/BA, através da DMA.

Na realidade, o percentual de 49,78%, apontado no exercício de 2005 pelo autuante está em conformidade com a declaração prestada pelo próprio contribuinte na DMA CONSOLIDADA referente a este exercício. Verifica-se que as vendas totais realizadas pelo autuado no exercício de 2005 foi de R\$ 284.560,32, sendo as saídas tributadas de R\$ 141.642,22, correspondendo; portanto, ao percentual de 49,78%. Também no exercício de 2006, o percentual de 58,47% está em conformidade com a declaração prestada pelo próprio contribuinte na DMA CONSOLIDADA referente a este exercício, pois, verifica-se que o valor total das vendas foi de R\$ 206.084,24, sendo as saídas tributadas declaradas de R\$ 120.489,49, correspondendo, portanto, ao percentual de 58,47%, conforme apontado pelo autuante.

Assim sendo, considero parcialmente subsistente esta infração no valor de R\$ 6.720,73.

Dante do exposto, as infrações 01, 02, 03, 04 ,05 e 06, são integralmente subsistentes, inclusive, reconhecidas pelo autuado, e a infração 07, parcialmente subsistente.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 130070.0004/08-9, lavrado contra **REAL BABY CONFECÇÕES LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$31.372,98**, acrescido das multas de 50% sobre R\$ 7.832,29, 60% sobre R\$ 16.819,96 e de 70% sobre R\$ 6.720,73, previstas no artigo 42, incisos I, “a”, II, “b”, “d”, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 03 de junho de 2009.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

VALMIR NOGUEIRA DE OLIVEIRA - JULGADOR