

**A. I. N.º** - 147365.0014/07-0  
**AUTUADO** - J B DA SILVA ALIMENTOS  
**AUTUANTE** - ROVENATE ELEUTÉRIO DA SILVA  
**ORIGEM** - INFAZ JEQUIÉ  
**INTERNET** - 19/06/2009

### **3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL**

#### **ACÓRDÃO JJF N.º 0157-03/09**

**EMENTA:** ICMS. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Ficou caracterizado que houve falta de informação na DME quanto a entradas de mercadorias nos exercícios de 2004 e de 2005, sendo improcedente a exigência de imposto, haja vista que a legislação vigente à época previa a aplicação da multa de 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante o exercício, quando não tiverem sido informadas na DME. Neste caso não se aplica a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, com exigência do imposto, mas restou caracterizado o cometimento de infração a obrigação acessória vinculada à imputação, sendo devida a multa correspondente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

#### **RELATÓRIO**

O Auto de Infração foi lavrado em 07/08/2007 e reclama ICMS no valor total de R\$2.831,78, acrescido da multa de 70%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas.

O autuado impugna o lançamento de ofício às fls. 41 a 56 inicialmente relatando a imputação e, em seguida, tecendo comentários acerca da previsão constitucional do ICMS, da hipótese de incidência, dos elementos do fato gerador da obrigação tributária; dos princípios da tipicidade, da legalidade; da Lei Complementar n.º 87/96; cita ensinamentos de Alberto Xavier. Transcreve parte do artigo 39 do RPAF/99 e diz que o Auto de Infração seria nulo. Que a base de cálculo difere da real; a alíquota e os acréscimos moratórios seriam ilegais; que a multa não poderia incidir sobre ele, autuado. Que é empresa integrante do SIMBAHIA. Que o autuante o qualifica como microempresa e enquadra o fato no artigo 124, inciso I, do RICMS/BA, que diz ser aplicável ao regime de empresas de pequeno porte. Que o inciso II deste artigo trata da microempresa. Diz que a peça acusatória diverge do teor do artigo 2º do RPAF/99. Fala dos princípios da legalidade, seletividade, não-cumulatividade, segurança jurídica, não-confisco, igualdade e capacidade contributiva.

Afirma que a ação fiscal confronta os artigos 384-A e 386-A do RICMS/BA. Que a multa aplicável seria a prevista no artigo 42, inciso XII-A, da Lei n.º 7.014/96, e não a do inciso III, do mesmo artigo 42. Repete que a autuação seria nula. Descreve a imputação. Transcreve parte do artigo 2º do RICMS/BA. Afirma ser microempresa I com atividade principal de revenda de alimentos. Que, sendo microempresa inscrita no SIMBAHIA, desfruta de tratamento específico. Copia parte dos artigos 315 e 408-C do RICMS/BA. Diz que o dispositivo invocado pelo autuante não se aplica a ele, autuado, porque na condição de microempresa encontra-se dispensada de registro de

entradas, ou de saídas, pelo que não se pode falar em presunção de omissão pela indicação de escrituração nos livros fiscais, como quis o autuante, ao invocar o artigo 322 do RICMS/BA.

Diz que a alíquota de 17% não se aplicaria mesmo se fosse contribuinte normal do imposto, em razão do previsto no artigo 51 do RICMS/BA, que transcreve, porque trabalha com alimentos, principalmente os descritos no inciso desse artigo 51 (alíquota de 7%). Que recolhe por valores fixos mensais.

Assevera que a apuração da base de cálculo com base no artigo 60 contraria a forma de apuração de imposto realizada por ele, autuado, que é dispensado, por lei, de escriturar livros fiscais. Que o autuante utilizou o artigo 936, ambos do RICMS/BA, para tratar do movimento real tributável mas que ele, contribuinte apura o movimento real tributável com base no faturamento anual. Diz existirem compras de outrem feitas em seu nome, pelo que desconhece as operações com algumas das notas fiscais. Que esta prática é comum na região. Que as provas que o Fisco indica são apenas presunções. Que não há critério objetivo, claro e delimitado, e a imputação estaria baseada em disposições genéricas de leis. Que se estes critérios fossem acatados isto seria um cerceamento de defesa. Que se a maioria das notas fiscais são de compras alheias feitas em nome dele, autuado, as mercadorias nunca teriam existido, pelo que ele, sujeito passivo, não poderia ter emitido notas fiscais de saídas, nem registrá-las em seus livros fiscais. Que as notas fiscais apuradas já tiveram o ICMS respectivo pago, levando em conta a receita de até R\$144.000,00, conforme artigo 386-A do RICMS/BA, pelo que estaria dispensado do pagamento do ICMS.

Fala sobre a multa de 70%, copia o inciso III do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, repete as alegações anteriores e diz que, se levada em consideração a imposição legal de escrituração de livros fiscais, a que não está obrigado, a multa a ser aplicada seria no percentual de 10%, conforme inciso IX do artigo 42 da Lei nº 7.014/96, que copia. Mas que a multa aplicável é a de 5%, nos termos do inciso XII do mesmo artigo 42. Discorre acerca dos acréscimos moratórios e da taxa SELIC, dizendo que a mesma contraria os limites constitucionais. Conclui pedindo pela improcedência da autuação, e protestando por todos os meios de prova em Direito admitidos.

O autuante presta informação fiscal às folhas 59 a 61 expondo que, no desenvolvimento da ação fiscal, as notas fiscais oriundas do Sistema Controle Fiscal Automatizado de Mercadorias em Trânsito – CFAMT desta SEFAZ, que tinham como destinatário o autuado, foram confrontadas com as notas fiscais declaradas no movimento de entradas nas DMEs do contribuinte, tendo sido constatada a falta de registro de algumas delas, das quais foi feito o levantamento acostado às fls. 07 e 08, e 33 a 34 deste PAF, apurando um ICMS devido no valor de R\$2.831,78, com base na presunção legal de omissão de saídas decorrente da omissão de valores de compras em suas DMEs. Que foi concedido o crédito presumido de 8% previsto no artigo 408-S, §1º, do RICMS/BA, tendo em vista que o autuado era microempresa, diante da ocorrência de infração de natureza grave prevista no artigo 915, inciso V, alíneas “a” e “c”, do RICMS/BA. Que, no caso de microempresa, a falta de registro de documentos fiscais se verifica por meio da DME. Diz não lhe caber comentar sobre a taxa SELIC e acréscimos moratórios. Conclui mantendo integralmente a autuação.

À fl. 64, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF decidiu converter o processo em diligência à inspetoria de origem, para que o autuante acostasse aos autos cópias das DMEs dos períodos fiscalizados; intimasse o contribuinte para que este comprovasse que as notas fiscais objeto da autuação teriam sido incluídas em suas DMEs, e para que fosse elaborado novo demonstrativo de débito, com aplicação do critério da proporcionalidade previsto na Instrução Normativa nº 56/2007.

O autuante, às fls. 65 e 66, prestou nova informação fiscal, apresentando as planilhas, elaboradas pelo contribuinte, às fls. 72 a 75, e elaborando novo demonstrativo do levantamento fiscal às fls.

76 e 77, reduzindo o débito relativo ao exercício de 2004 para R\$1.923,17, e mantendo o débito relativo a 2005 no valor de R\$356,25, totalizando o ICMS a ser lançado de R\$2.279,42.

O autuado, às fls. 80 e 81, aduz que todas as aquisições que realizou foram comprovadas por meio da relação de notas fiscais que entregou ao Fisco, pelo que seria inadmissível exigir-se tributo sobre as mesmas. Aduz que as notas fiscais capturadas no Sistema CFAMT não representam aquisição efetuada por ele, autuado, porque nada provam acerca da titularidade da aquisição, pelo que seria indevida a exigência de tributo. Que é microempresa faixa 1, empresa familiar, e cumpre regularmente com todas as suas obrigações.

À fl. 85, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF decidiu converter o processo em diligência à ASTEC/CONSEF, para que fiscal designado aplicasse o critério da proporcionalidade ao cálculo do débito existente, com base nos documentos fiscais do autuado.

Às fls. 86 a 88, o diligente da ASTEC/CONSEF exarou o Parecer ASTEC/CONSEF nº 129/2008 elaborado novo demonstrativo de débitos à fl. 88, reduzindo o débito total a ser lançado para R\$2.059,07.

Intimados para tomar ciência do Parecer ASTEC/CONSEF (docs. de fls. 109 a 111), o autuante e o contribuinte mantiveram-se silentes, conforme encaminhamento de fl. 112, da INFAZ de origem.

À fl. 114, esta 3ª Junta de Julgamento Fiscal – JJF decidiu converter o processo em diligência à inspetoria de origem, para que fossem entregues ao autuado as cópias de notas fiscais oriundas do Sistema CFAMT que basearam a autuação, acostadas às fls. 13 a 39, e 85 a 108, deste processo, reabrindo-se-lhe o prazo para impugnação ao lançamento de ofício.

O contribuinte foi cientificado e recebeu cópias, conforme seu recibo de fl. 115.

O contribuinte, por intermédio de sua contabilidade, manifesta-se à fl. 117 solicitando a alteração, no sistema SIGAT/SEFAZ, do valor lançado no Auto de Infração, para proceder ao respectivo parcelamento do débito tributário. O contribuinte acosta, às fls. 118 a 144, cópias de todos os documentos relativos às alterações realizadas no débito originalmente lançado, em razão das diligências realizadas neste processo, e já acostadas em páginas anteriores.

O autuante manifesta-se à fl. 147 afirmando nada ter a declarar acerca da diligência realizada pela ASTEC/CONSEF.

## **VOTO**

Preliminarmente, no que tange ao pedido de declaração de nulidade do presente lançamento de ofício, verifico estarem presentes os pressupostos de validade processual, encontrando-se definidos o autuado, os montantes e os fatos geradores dos débitos tributários reclamados, não estando, o lançamento de ofício e o processo administrativo fiscal dele decorrente, incursos nas hipóteses previstas no artigo 18 do RPAF/99.

Ademais ficou evidenciado, da impugnação ao lançamento de ofício, que o contribuinte entendeu a imputação, tendo recebido os demonstrativos atinentes à mesma e exercido tempestivamente seu direito de defesa tendo, inclusive, pronunciado-se por diversas vezes neste processo.

No quanto pertinente às alegações de desproporcionalidade e inconstitucionalidade da multa aplicada, que teria efeito confiscatório, e da Taxa SELIC, não cabe na seara administrativa a discussão ou Decisão sobre o tema, nos termos do artigo 167 do RPAF, além do que a multa aplicada, como também os acréscimos moratórios incidentes sobre o débito, obedecem ao disposto na legislação tributária estadual, mas especificamente no artigo 42 da Lei nº 7.014/96 e no artigo 102, § 2º, II da Lei Estadual nº 3.956/81 (COTEB), com as alterações introduzidas pela Lei nº 7.753/00.

Quanto à taxa SELIC, ao contrário do quanto alega o impugnante, já é entendimento firmado na jurisprudência dos Tribunais Superiores que essa pode ser utilizada como índice para o cálculo dos juros dos débitos tributários apontados a partir de 1º de janeiro de 1996, a exemplo da Decisão do STF no AgRgno Resp. nº 722595/PR, além do que a norma do artigo 161, § 1º, do Código Tributário Nacional - CTN, tem natureza supletiva, aplicando-se apenas quando não haja lei dispondo de modo diverso, não sendo esta a hipótese dos autos, já que a legislação estadual prevê a aplicação da taxa SELIC no cálculo dos acréscimos moratórios, como citado acima, e sobre tal ato normativo não há qualquer pecha de inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário.

No mérito, em relação à infração 01, omissão de mercadorias tributáveis apurada através de entradas não registradas, o Fisco comprova que o contribuinte, de fato, não lançou parte das notas fiscais elencadas no levantamento fiscal na declaração de movimento econômico da empresa, e, após aplicados o critério da proporcionalidade, e tendo sido concedido o crédito presumido de 8%, o contribuinte vem, à fl. 117, a manifestar-se no sentido de que esta SEFAZ tome as providências de alteração de lançamento de dados do débito no Sistema SIGAT/SEFAZ, para que possa proceder ao parcelamento do débito oriundo do presente Auto de Infração.

Contudo, compulsando os autos e verificando o Sistema Informatizado de Informações do Contribuinte INC/SEFAZ, verifico que o contribuinte encontrava-se inscrito no Regime Simplificado de Apuração do Imposto - SIMBAHIA como microempresa no período objeto da autuação, tendo apresentado as Declarações do Movimento Econômico de Microempresa e de Empresa de Pequeno Porte - DMEs dos exercícios de 2004 e de 2005 com omissão de dados. Nesta condição, em relação às aquisições de mercadorias, a legislação vigente à época estabelecia a obrigatoriedade de o autuado informar nas DMEs os valores das receitas e dos pagamentos ou aquisições, bem como os dados relativos aos estoques inicial e final do período considerado, constituindo-se em resumo e exato reflexo dos valores constantes nos documentos fiscais correspondentes a operações e prestações ocorridas no período de referência (artigo 355, § 2º, do RICMS/BA – redação vigente até 30/06/2007).

Por outro lado, o inciso XII-A do artigo 42 da Lei 7.014/96, com efeitos a partir de 01/01/2003, por força da alteração processada pela Lei nº 8.542/02, prevê a aplicação da multa de 5% do valor comercial da mercadoria ingressada no estabelecimento durante o exercício, quando não houver sido informada na DME.

Entendo que não se aplica a presunção no presente caso, sendo improcedente a exigência do imposto na forma adotada pelo autuante, conforme previsto no dispositivo legal acima mencionado. Entretanto, está comprovado o descumprimento de obrigação acessória pelo autuado, quando deixou de informar nas DMEs as aquisições realizadas por meio das notas fiscais objeto do levantamento fiscal realizado pelo autuante e, de acordo com o artigo 157 do RPAF/99, no caso de insubsistência de infração quanto a obrigação principal, sendo comprovado o cometimento da infração relativa a obrigação acessória, é cabível a aplicação de multa. Assinalo que, em não se tratando de exigência de imposto, descabe a aplicação do teor da Instrução Normativa nº 56/2007, em relação ao critério da proporcionalidade, pelo que a conversão do débito lançado em multa dá-se pelo total do débito apurado, com datas de ocorrência em 19/03/2005, para o débito relativo ao exercício de 2004, e de 19/03/2006, para o débito relativo ao exercício de 2005, consoante terminação numérica da inscrição estadual do contribuinte, 60.037.150 (algarismo zero), prazos estes para que o contribuinte houvesse realizado a entrega das DMEs respectivas com todos os dados, nos termos do artigo 335, caput, inciso V, e parágrafos, do RICMS/BA, em redação então vigente.

Nestes termos, concluo devida a multa no valor de R\$1.269,34, conforme previsto no inciso XII-A do artigo 42 da Lei 7.014/96; dados dos demonstrativos fiscais de fls. 33 e 34, e de fls. 76 e 77; e tabela a seguir:

MÊS/ANO	DATA VENCIMENTO	ENTRADAS NÃO INFORMADAS (BASE CÁLCULO)	MULTA 5%
01/2004	19/03/2005	411,01	20,5505
03/2004		4.406,40	220,32
04/2004		1.470,00	73,50
06/2004		432,00	21,60
07/2004		1.053,47	52,6735
08/2004		6.159,50	307,975
09/2004		4.312,00	215,60
10/2004		1.874,19	93,7095
11/2004		1.250,00	65,50
TOTAL DO DÉBITO COM DATA VENC. 19/03/2005			1.071,43
01/2005	19/03/2006	439,68	21,98
03/2005		1.595,00	79,75
05/2005		553,69	27,68
07/2005		1.370,00	68,5
TOTAL DO DÉBITO COM DATA VENC. 19/03/2006			197,91
TOTAL DÉBITO INFRAÇÃO 01			1.269,34

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, haja vista que houve cometimento de infração à obrigação acessória vinculada à imputação, sendo devida a multa no valor total de R\$1.269,34.

#### RESOLUÇÃO

**ACORDAM** os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 147365.0014/07-0, lavrado contra **J B DA SILVA ALIMENTOS**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$1.269,34**, prevista no artigo 42, inciso XII-A, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios de acordo com o previsto pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 10 de junho de 2009

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

OSMIRA FREIRE DE CARVALHO RIBEIRO DA SILVA - RELATORA

JOSÉ BEZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR