

A. I. Nº - 129423.0063/08-6
AUTUADO - JULLYANE CUNHA RODRIGUES
AUTUANTE - MARIA LUIZA FREITAS AMARAL
ORIGEM - INFAZ V. CONQUISTA
INTERNET 19.05.2010

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0102-05/10

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE DADOS. IRREGULAR. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. Infração parcialmente subsistente em face de exclusão de notas fiscais sem prova de que as operações foram efetivadas com a autuada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OMISSÃO DE SAÍDAS APURADA ATRAVÉS DE ENTRADA DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. Contribuinte desobrigado de escrita fiscal. Infração nula. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 10/12/2008, exige o valor de R\$6.936,30, em decorrência das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1: Multa no valor de R\$ 5.083,05 em razão de o contribuinte ter omitido entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte). Omitiu o lançamento de notas fiscais de aquisições de mercadorias, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006;

INFRAÇÃO 2: Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, exigindo-se o ICMS no valor de R\$1.853,25, relativo ao período janeiro a dezembro de 2004, janeiro, março a maio, julho a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, com multa de 70%. Consta na descrição dos fatos que em razão das irregularidades encontradas, o imposto devido foi exigido sem o tratamento tributário do regime simplificado de apuração (SimBahia). Foram utilizados os critérios e alíquota aplicáveis ao regime normal de apuração, conforme estabelece o RICMS-BA. Do valor do imposto apurado, foi deduzido a título de crédito presumido o correspondente a 8% do valor das entradas computadas na apuração do débito em substituição ao aproveitamento de quaisquer outros créditos fiscais, de acordo com as determinações do inciso XV do art. 2º do Decreto nº 8413 de 30/12/2002.

A autuada impugna o lançamento às fls. 489 a 493, na qual afirma que a autuante utilizou do arbitramento para lavrar um auto de infração para cobrar imposto e multa originária de uma mesma situação.

Diz que apresentou à autuante todas as notas fiscais referente à sua movimentação de compra e venda dos exercícios fiscalizados e que não foi apresentado livro Registro de Entradas em razão de está dispensada de escriturá-lo em face da sua condição de microempresa optante do SimBahia.

Afirma que nas notas fiscais tidas como não registradas não constam indícios de que as recebeu ou de que tenham circulado pelo estabelecimento autuado. Fala que, na pior das hipóteses, ditas aquisições de mercadorias tenham sido realizadas por pessoas inescrupulosas que se utilizaram dos seus dados e que o ônus probatório quanto a essas aquisições c

Ressalta que as alegações da autuante se baseiam em falta de regist correspondentes aos exercícios fiscalizados e que essa infração i

Created with

artigo 408-L, porquanto não houve dolo, fraude ou simulação comprovada, condição exigida de forma expressa para se apurar o imposto com aplicação do disposto no artigo 408-S caput e §1º.

Entende que, em se aplicando o disposto no artigo 408-S, e, se encontrando anexas aos autos todas as notas fiscais correspondentes ao procedimento fiscal levado a efeito, onde se encontram devidamente lançados os valores correspondentes ao ICMS devido e recolhido nas respectivas operações, forçoso seria a aplicação do disposto no dito artigo 408-S, §2º, do RICMS-BA, onde dispõe: *“Tendo o contribuinte comprovado a existência de crédito fiscal superior ao indicado no parágrafo anterior, estará assegurada a sua aplicação no cálculo do imposto a recolher”*.

Portanto, em sendo mantido o procedimento fiscal, requer a autuada seja determinada a utilização do crédito fiscal do ICMS constante das notas fiscais juntadas ao PAF.

Concluindo, pede a improcedência do lançamento.

A autuante presta a Informação Fiscal à fl. 497 dizendo que a Defesa não apresenta conteúdo para que o Auto de Infração seja julgado improcedente, pois não aponta fato que possa ser considerado vez que apenas alega que não comprou as mercadorias, e que não existem provas de que as mesmas foram adquiridas pela autuada e que cabe a SEFAZ provar a veracidade dos fatos.

Afirma que a maior prova de que as mercadorias foram adquiridas pela autuada são as cópias das notas fiscais anexadas ao processo, como também o fato das mesmas não se encontrarem na relação das notas fiscais registradas nas DME's (fls. 26 a 31).

Salienta que a autuada foi indicada para fiscalização sumária pelo motivo de existir divergência nos períodos citados entre os valores do Sintegra e os valores das DME's.

Considerando que na defesa apresentada (fls.489 a 493), a autuada sustenta que apresentou à autuante todas as suas notas fiscais de entradas de mercadorias não reconhecendo como suas as notas fiscais tidas como não registradas e objeto da Infração 01, sugerindo que seus dados podem ter sido utilizados por pessoas inescrupulosas.

Considerando a necessidade premente de que as notas fiscais obtidas junto aos fornecedores tenham a confirmação da realização das operações, através de comprovações documentais, para que possam confirmar ou não a acusação fiscal.

A 1ª Junta de Julgamento Fiscal, após análise e discussão em pauta suplementar, deliberou pela conversão do processo em diligência à INFAZ V. CONQUISTA, a fim de que o autuante ou outro Auditor Fiscal designado adotasse as seguintes providências:

Circularizar junto aos fornecedores no sentido de obter comprovação da realização da transação mercantil com o estabelecimento autuado, relativo às notas fiscais objeto da Infração 01, a exemplo de:

- a) cópias dos pedidos das mercadorias, caso existentes;
- b) cópias dos canhotos das notas fiscais com assinatura e identificação do recebedor das mercadorias;
- c) comprovantes de recebimento do autuado (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc), por parte do fornecedor, dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide.
- d) cópias de conhecimentos de transporte, se for o caso;
- e) quaisquer outros elementos que comprovem a compra das mercadorias, por parte da autuada.

Em seguida, excluir do levantamento fiscal as notas fiscais, que não tiverem as comprovações, conforme dito acima, elaborando novo demonstrativo, se for o caso

Após o cumprimento pelo diligente na forma acima referida, a F entregar à autuada, mediante recibo específico, cópia dos d

anexados, se for o caso, devendo informar o prazo de 30 (trinta) dias, para, querendo, se manifestar nos autos.

Havendo manifestação da autuada, deveria ser dada ciência à autuante.

Retornado da diligência, o PAF foi redistribuído para a 5ª JJF.

À fl. 342 a autuante informa que atendendo ao pedido de diligência enviou cartas para os emitentes das notas fiscais objetos da autuação e após receber documentos que comprovam os pagamentos das referidas notas fiscais (fls. 505 a 533), elaborou novas planilhas e novo demonstrativo de débito excluindo do levantamento original as notas fiscais que não obtiveram comprovação dos emitentes.

Às fls. 546 e 547, a autuada se manifesta dizendo que a nova tentativa de dar sustentação às informações fiscais não tem cabimento e as notas fiscais apresentadas são cópias obtidas junto a terceiros e que não fazem prova de que ela adquiriu as mercadorias constantes das mesmas, pois dos documentos não consta sua assinatura, além de não provar que as mercadorias tenham adentrado no seu estabelecimento e que os documentos carreados aos autos não servem de lastro ao lançamento de ofício, devendo ser rejeitados e desentranhados dos autos. Reitera suas razões defensivas pugnando pela Improcedência do Auto de Infração.

VOTO

O Auto de Infração em lide contém duas imputações: 1. Multa de 5% prevista no art. 42, XII-A da Lei nº 7.014/96, em razão de o contribuinte ter omitido entrada de mercadorias no estabelecimento nas informações Econômico-Fiscais apresentadas através de DME; 2. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, em que se exige imposto.

Na Infração 1 está sendo exigida a multa de 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento durante os exercícios de 2004, 2005 e de 2006, não informadas na Declaração do Movimento Econômico de Microempresa e Empresa de Pequeno Porte (DME), conforme a previsão contida no art. 42, XII-A da Lei 7.014/96, alterada pela Lei 8.534/02.

As notas fiscais objeto desta autuação foram relacionadas nas fls. 09 a 18 e constam dos autos às fls. 35 a 479. Nelas verifico que consta como destinatário a empresa autuada, inscrita no estado sob o nº 57.625.618, CNPJ nº 04.972.439/0001-37, sito à Rua Getúlio Vargas, 665, Centro, Município Barra do Choça, e foram emitidas por empresas regularmente inscritas, com número de pedido, e na maioria, a placa da carreta transportadora, no campo de informações complementares, sendo que muitas delas trazem identificação da própria autuada como recebedora das mercadorias.

Apesar dessas evidências, a autuada negou a titularidade das notas fiscais objeto da autuação aventando a possibilidade de terceiros terem adquirido mercadorias em seu nome sem o seu consentimento.

Para trazer à tona a verdade material dessa questão, o PAF foi baixado em diligência para obtenção de adicionais informações junto aos emitentes no sentido de fazer prova da vinculação ou não do autuado nas respectivas operações comerciais. Por consequência, foram enviadas cartas aos emitentes tendo, alguns, prestado informações, conforme os documentos-respostas de fls. 505 a 533. Vejo que entre estes documentos constam declarações para fins fiscais, registros contábeis, borderôs, que denotam de forma irrefutável o vínculo do autuado nas operações acobertadas pelas notas fiscais que o possuem como destinatário das mercadorias cujo pagamento foi feito de diversas maneiras: à vista (Atacadão Curitiba Ltda, fl. 505) à vista na data da fatura (Unidos Ind e Com de Velas Ltda, fls. 506 e 507), à vista contra a apresentação das notas fiscais (Betesda Comercial Ltda, fl. 508), com cheque pós da dias (Armazém Moreira, fl. 509), pagamento contra duplicata (S S.A., Cipa Nordeste Industrial de Produtos Alimentares S.A., fls.

com cheques (Souza Cruz S.A., fl. 521). Saliento que estas informações além de serem obrigatórias legalmente por terem sido documentalmente solicitadas pelo fisco, comprometem seus prestadores nas responsabilidades penais em caso de inverdade, o que faz com tenham presunção de verdade, a menos que o interessado, no caso, a autuada, apresente contraprova capaz de elidir seus conteúdos.

Observo que de posse das informações dos emitentes dos documentos fiscais objeto da autuação, a autuante fez o levantamento fiscal concernente à Infração 01 ajustando o valor devido de R\$5.083,05 para R\$3.365,12, em face da exclusão das notas fiscais que não obtiveram informações dos emitentes no sentido de comprovar as operações nelas registradas com a autuada.

Neste particular, a autuada teve a oportunidade de contestar os elementos de provas obtidas em face da diligência fiscal, mas, contrariando as evidências, limitou-se a se pronunciar reiterando os argumentos defensivos originais que consistem em mera negativa de propriedade dos documentos fiscais. Diante dos elementos adicionais de provas trazidos ao PAF, entendo totalmente esvaziado o mero argumento defensivo restrito à simples negativa de propriedade dos documentos fiscais, argumento este que, por sinal, leva o caso à situação prevista no art. 143 do RPAF, ou seja, de que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação fiscal.

Nas operações comerciais tributáveis pelo ICMS, a legislação pertinente obriga a identificação recíproca dos intervenientes nas transações por razões de comprometimento em responsabilidade solidária com efeitos fiscais, inclusive. Ora, vejo que muitos das empresas emitentes das notas fiscais se repetem e são tradicionais contribuintes como Souza Cruz S.A., Martins Comércio e Serviços de Distribuição S.A., Bunge Alimentos S.A., Norsa Refrigerantes Ltda (fabricante Coca-Cola), Peixoto Comércio Indústria Serviços e Transportes Ltda, que, inclusive dado o valor do nome comercial, são extremamente zelosos nas relações de comércio.

Ademais, se verdade fora a alegação da autuada, isso se constitui crime, que, sendo vítima, requer da sua parte ações legais que visem sua defesa e a proteção de seu patrimônio, providências que não envidou. Neste aspecto, soa bastante estranho e pouco convincente que a autuada sendo vítima conforme alega, em um período de pelo menos três anos (exercícios de 2004 a 2006), porquanto foi o período em que se constata as notas fiscais arroladas no PAF como lhes sendo destinadas, não tenha tomado qualquer providência legal para se proteger contra eventuais prejuízos em consequência do uso indevido de sua razão social. Assim, tendo em vista que os documentos adicionais de prova obtidos por força da diligência fiscal são os conformadores para as operações de compra e venda da atividade comercial da autuada, não verificando incorreções nos novos demonstrativos elaborados pela autuante às fls. 535 a 539, entendo devida a multa de 5% sobre o valor das notas fiscais neles relacionadas, equivalente a R\$3.365,12.

Outrossim, em casos tais, em especial no caso de notas fiscais colhidas junto ao CFAMT, este CONSEF tem mantido o entendimento de que se tratando de notas fiscais idôneas, até prova em contrário, efetivamente, deve ser considerado que o destinatário adquiriu as mercadorias nelas constantes, posicionando-se pela procedência das autuações, a exemplo os Acórdãos CJF, 094-12/07, 105-11/07, 199-11/07, este último, o qual peço vênha para transcrever o voto vencedor, como segue abaixo:

Trata-se de Recurso Voluntário onde o recorrente alega que não adquiriu as mercadorias constantes das notas fiscais colhidas pelo CFAMT (Controle de Fiscalização de Mercadorias em Trânsito), se tratando de utilização indevida da sua razão social, inerente às infrações 01, 03, 04 e 05, cujas exigências foram derivadas da constatação de que tais notas fiscais foram destinadas ao recorrente e que não foram por ele registradas em seus controles fiscais, acarretando, após consideração das citadas notas fiscais, na exigência do imposto em razão: da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas (infração 01); falta de reco parcial (infração 03); falta de recolhimento do ICMS por antecipação tr regime de substituição tributária (infração 04) e recolhimento a microempresa (infração 05).

De pronto, observo que a referida alegação já havia sido proposta pelo recorrente, quando da sua impugnação ao Auto de Infração, sendo analisada pela JJF, em Decisão fundamentada.

Devo ressaltar que o referido argumento do Recurso Voluntário não é suficiente para provocar a reforma da Decisão recorrida, uma vez que o recorrente não apresenta qualquer fato novo a ser apreciado, nem provas capazes de elidir estas imputações, pois o fisco provou a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, trazendo aos autos os documentos fiscais destinados ao sujeito passivo, colhidos pelo próprio fisco no trajeto da mercadoria.

Também, há de se salientar que as vias das notas fiscais idôneas, colhidas pelo fisco no trajeto das mercadorias, consignando número do pedido, número da duplicata mercantil, dados do transportador e todos os dados cadastrais do autuado na condição de adquirente dos produtos, emitidas por fornecedores contumazes e consignando mercadorias condizentes com seu ramo de atividade comercial são provas suficientes de que tais produtos lhe foram enviados e, por conseguinte, foram-lhe entregues, salvo contraprova de ônus do próprio contribuinte que venha destituir as existentes nos autos, conforme inúmeras decisões deste colegiado.

Portanto, a prova documental é de que as mercadorias circularam e foram entregues ao seu destinatário. Caso o recorrente sinta-se prejudicado com a existência das referidas provas, cabe-lhe insurgir-se administrativamente ou judicialmente contra quem as produziram, no caso concreto, seus próprios fornecedores, como alega ter procedido. Contudo, as supostas ações judiciais, sem qualquer Decisão, não podem intervir neste julgamento e nem têm o condão de suspendê-lo, conforme foi bem ressaltado no Parecer da PGE/PROFIS. Assim, a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção da legitimidade da autuação fiscal, a qual se baseia, repito, em provas documentais que depõem contra a pretensão do recorrente.

Diante do exposto, sob este aspecto, são pertinentes os citados itens do Auto de Infração, razão do meu voto pelo NÃO PROVIMENTO deste Recurso Voluntário, para manter inalterada a Decisão recorrida, que julgou o Auto de Infração PROCEDENTE EM PARTE.

Em relação à Infração 2, dada à condição de empresa sujeita ao Regime Simplificado de Apuração do ICMS-SimBahia, há que se analisar a acusação sob o aspecto da legislação a ela pertinente.

Verifico que a infração de que a autuada está sendo acusada é a de não ter feito o registro das notas fiscais colhidas junto a terceiros. Tendo em vista a acusação achar-se tipificada nos arts. 2º, §3, inciso IV, 50, 60, inciso I, 124 inciso I, 218, 322 e 936 do RICMS-BA, além do fato de se está exigindo ICMS por presunção, percebe-se, sem dúvida, que a omissão de saída de mercadorias tributáveis foi apurada através de entradas de mercadorias não registradas especialmente no livro Registro de Entradas (ART. 322 do RICMS).

Ocorre que de acordo o art. 408-C do RICMS-BA, vigente no período abrangido pela ação fiscal, o contribuinte inscrito no cadastro estadual como microempresa ou empresa de pequeno porte, bem como a partir de 01/07/2007, como contribuinte do Simples Nacional, não estava obrigado à escrituração do livro Registro de Entradas de Mercadorias, devendo apenas manter arquivadas e em ordem as notas fiscais e todos os documentos que lhe dizem respeito pelo prazo decadencial de cinco anos. Neste aspecto, entendo com fundamento no princípio da estrita legalidade, que se o contribuinte inscrito no SimBahia e Simples Nacional, a despeito de não ser obrigado, por modo próprio manter escrita fiscal, o fato de eventualmente não registrar documentos fiscais em livro próprio não o sujeita a penalidade fiscal por tal fato em face da carência de previsão legal.

Assim, avaliando o procedimento fiscal, entendo que a Infração 02 é improcedente, uma vez que as empresas optantes pelo regime SimBahia, estavam dispensadas da escrituração do livro fiscal Registro de Entradas, assim como as do Simples Nacional estão, não cabendo, nestes casos, a cobrança do imposto e as multas pela falta de registro de mercadorias no referido livro.

Por outro lado, no caso de contribuintes desobrigados à escrituração do livro Registro de Entradas, neste caso, microempresa, se deve cobrar o imposto que o contribuinte deveria ter recolhido apenas se estivesse na condição de empresa normal no período compreendido pela ação fiscal, ou, a partir de 01/01/2003 imputar a multa de 5% do val entradas no estabelecimento durante o exercício, quando tais entra na DME, conforme art. 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96, aliás, procedime

para a Infração 01, ou, ainda, se optante pelo regime simplificado de apuração, cobrar imposto por omissão de pagamento de tais mercadorias em registro do livro Caixa, livro que está obrigado a manter.

Dessa forma, com base no art. 18, inciso IV, “a” do RPAF, tomo a Infração 02 como nula tendo em vista a impossibilidade de exigência de imposto para contribuintes enquadrados no SimBahia na forma em que foi nela formulada uma vez que para tais contribuintes se deve falar apenas em eventual falta de informação de notas fiscais de entradas em DME ou falta de registro dos pagamentos de entradas de mercadorias em livro Caixa, quando, nesse caso, se pode exigir imposto, razão pela qual, com fundamento no art. 156 do RPAF, represento a autoridade competente para analisar a possibilidade de novo procedimento fiscal nesse caso.

Diante do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 129423.0063/08-6, lavrado contra **JULLYANE CUNHA RODRIGUES**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor total de **R\$3.365,12**, prevista no art. 42, XII-A, da Lei nº 7.014/96, alterada pela Lei nº 8.534/02, com os acréscimos moratórios na forma estabelecida pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 06 de maio de 2010.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

JORGE INÁCIO DE AQUINO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA