

**A. I. N.º** - 087015.0205/06-8  
**AUTUADO** - RAIMUNDO BORGES NERI JÚNIOR  
**AUTUANTE** - COSME ALVES SANTOS  
**ORIGEM** - INFAZ ITAPETINGA  
**INTERNET** - 19.10.2010

## 2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

### ACORDÃO JJF Nº 0273-02/10

**EMENTA:** ICMS. 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. Efetuadas as correções relativas às notas fiscais demonstradas pelo autuado e a proporcionalidade entre as operações tributadas e não tributadas, foi reduzida a exigência. Foi recolhido, pelo autuado, o imposto remanescente do ajuste efetuado pelo autuante. Infração parcialmente subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Através do presente Auto de Infração, lavrado em 07/12/2006, foi imputado ao sujeito passivo omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entrada de mercadorias não registradas. ICMS no valor de R\$ 56.474,41. Multa de 70%.

O autuado apresenta defesa, às fls. 221 a 226, afirmando, preliminarmente, que o autuante não se deu ao trabalho de fiscalizar a empresa lavrando o Auto de Infração nas instalações da SEFAZ.

Argumenta que o Decreto Federal nº 070.235, de 06/03/72, artigo 10, que obriga a lavratura do auto no local da verificação da falta, isto é, no próprio estabelecimento fiscalizado, por qualquer infração cometida por este, somente poderia tê-lo sido, dentro do estabelecimento comercial, excetuado feiras, exposições, mostras e operações semelhantes. Nesse sentido a mensagem do art.196 e seu parágrafo Único, do CTN.

Entende que a doutrina específica é taxativa quanto à obrigatoriedade da lavratura do auto de infração no local do estabelecimento fiscalizado. Admitindo-se a lavratura fora do local do estabelecimento, nos casos de: feira exposições, mostras, mercadorias em consignação, mercadorias em trânsito ou qualquer motivo grave impeça a lavratura no estabelecimento.

Cita o Prof. Bernardo Ribeiro Moraes, e destaca que a acusação foi feita sem que, o fiscal Autuante, exibisse cópias das citadas notas, para que o Autuado reconhecesse ou não sua procedência e que deveria o autuante, antes de lavrar o Auto de Infração, intimar o autuado para esclarecimentos.

Argui que, caso sejam ultrapassadas as preliminares suscitadas, e o auto de infração não seja declarado nulo por inexistência de provas, no mérito, vem, informar que, o Autuante cometeu vários equívocos de boa-fé, quando deixou de consignar no levantamento (CEFAMT), notas de compras de mercadorias quando da intimação e não juntou ao PAF cópias das notas sunostamente não registradas.

Afirma que o autuado até 2004 estava enquadrado no SimBahia como microempresa, recolhendo o ICMS na conta de energia elétrica e somente a partir de 2005 passou para pequeno porte, recolhendo o ICMS sobre as receitas, ficando desobrigada de escrituração fiscal e contábil, apenas guardar os documentos de compras e venda de mercadorias, conforme determina o RICMS. Indaga: como é que agora passa a exigir do AI enquadrado no SimBahia, que registre as suas notas de compras? Sabendo que a mesma tributação recai sobre as receitas ajustada com base nas DMEs, portando é inadequado o procedimento do Fiscal Autuante.

Afirma que não consta no PAF, cópias das notas fiscais de entradas, que "captadas" pelo sistema CFAMT e através do SINTEGRA, ditas não registradas, obrigatório em face do princípio do contraditório assegurado pela Constituição Federal, somente por este motivo, enseja que o presente auto se nulo de pleno direito, a não s esta irregularidade seja sanada pelo fiscal autuante, devolvendo o prazo legal para defesa do Autuado.

Aduz que, por cautela, e no mérito, a atividade econômica principal do Autuado, uma pequena empresa, optante pelo SimBahia, é o comércio varejista de mercadorias em geral, com predominância de produtos alimentícios - minimercado, trabalha com mercadorias da cesta básica, mercadorias com ICMS substituição tributária ou antecipação tributária, caindo o art. 9 de Lei 7014/96 e art. 356 do RICMS/BA.

Como prova da improcedência da presunção, o autuado traz relação a seguir relativa á notas fiscais de compras, comprovando assim, os lançamentos das compras de mercadorias que foram consignadas indevidamente pelo fiscal autuante, e consta em seu demonstrativo não "registradas" e várias delas já tiveram incidência do ICMS ou por antecipação substituição tributária, derrubando de vez e de forma irrefutável a presunção equivocada do fiscal Autuante.

Notas fiscais relacionadas pelo autuado: número 148970 (ICMS Subst. Tributária), 203380, 67856, 438830 (ICMS Subst. Tributária), 84575, 533557, 333870, 764961, 204110, 769375 (ICMS Subst. Tributária)270616, 400869, 330114, 810499, 311977, 345238, 345239, 481781.

Afirma que segue também cópias de algumas Guia Nacional de Recolhimento de Tributos Estaduais - GNRE, comprovando o pagamento do ICMS antecipadamente, caso o fiscal Autuante, venha apresentar cópias das notas fiscais captadas no CFAMT, e as mesmas sendo reconhecidas pelo Autuado, ficará provado que em sua maioria, em 90% (noventa por cento), já tiveram a fase de tributação encerrada, ou por substituição tributária ou por antecipação tributária, ou ainda isentas e àquelas que compõem a cesta básica.

Requer que sejam analisadas e apreciadas e decididas uma a uma das questões, com motivação adequada e pertinente e fundamentalmente, dentro do princípio do contraditório pleno e amplo, assegurado pela Constituição Federal, assim, como que o Nobre Autuante obedeça aos prazos de vistas estabelecidos no RPAF/BA, e que as decisões sejam encaminhadas para o endereço do Autuado. Requer ainda, juntada posterior de documentos, inclusive em contra prova.

Alega a improcedência do Auto de Infração.

O autuante, às fls. 1383 a 1384, apresenta a informação fiscal, afirmando que, para o devido registro, onde consta a expressão da autoridade competente (fls. 217) "Do exame do Auto de Infração nº 087015.0205/06-8 verifica que foram atendidas as exigências da Portaria nº 35/96". Assim, não susceptível à nulidade do procedimento fiscal, como pede a defesa.

Afirma que o contribuinte, por ser microempresa ou empresa de pequeno porte - EPP, evidentemente, está desobrigada a ter livros fiscais, de entrada e de saída, portanto, de escriturar nos livros as suas entradas e saídas de mercadorias. Todavia, ele está obrigado a apresentar, anualmente, a DME (Demonstrativo do Movimento Econômico), em cujo documento o contribuinte declara todo o seu movimento comercial, isto é, todo montante das entradas e saídas de mercadorias no estabelecimento (operações internas e inte exercício.

Aduz que, por não ser obrigado a citar ou discriminar, por documento, as suas operações, pensaram alguns contribuintes que o fisco não teria meios de detectar omissão de operações. Entretanto, continua o autuante, trabalha, na auditoria fiscal, com um sistema de filtro donde é possível detectar, após alimentar o sistema com os números das notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, todas as notas omitidas, ou seja, todas as operações de compra realizadas por ele e não declaradas em suas DMEs.

Apresenta quadro comparativo, em relação às aquisições, conforme demonstrativo que anexou aos autos.

Como prova das operações omissas junta ao processo toda documentação requerida ao sistema CFAMT (fls. 107/215) e em relação ao SINTEGRA afirma que solicitou e recebeu dos fornecedores informantes das operações (razão da demora desta informação fiscal), todas as notas fiscais omissas das informações do contribuinte e, ora, esta anexando ao processo (fls. 447 a 629, volume II; fls. 630 a 939, volume III; fls. 940 a 1110, volume IV e fls. 1111 a 1296, volume V). Provas estas requeridas pela defesa.

Salienta que o contribuinte, em sua defesa, apresentara cópias de notas fiscais, não exibidas ao fisco quando da intimação, para serem excluídas, o que prontamente foi feito, por isso, elaborou novos demonstrativos com a devida exclusão, cujos demonstrativos encontram-se apenas a esta informação fiscal (fls. 1395/1433).

Consigna que, alega o impugnante, estar cobrando imposto de mercadoria que já sofrera tributação por substituição tributária, que seria indevido. Afirmam que, engana-se o autuado, pois se está reclamando o imposto devido, não das mercadorias descritas nas notas fiscais, em si, e sim da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis. Isto significa dizer que o valor utilizado para o pagamento das entradas não contabilizadas, teve como origem receitas anteriores também não contabilizadas.

O autuado, às fls. 1537 a 1538 dos autos, ratifica as arguições anteriores, assegura que o autuante não procedeu a todas as alegações da defesa, utilizando as informações inseguras do CFAMT e SINTEGRA.

Argumenta que os valores informados na DME dos exercícios de 2001, 2002 e 2003, são superiores aos constantes e informados pelo fiscal nos respectivos anos no SINTEGRA e CFAMT. Apenas em relação aos exercícios de 2004 e 2005, onde a DME está um pouco superior ao CFAMT e inferiores ao informado pelo SINTEGRA, cabendo a estes períodos possíveis infrações e não a aqueles.

Aduz que não foram anexadas todas as cópias das notas fiscais aos autos e pede a improcedência do Auto de Infração.

À 2ª JF, às fl. 1547, em pauta suplementar, deliberou que o processo fosse encaminhado à **INFAZ DE ORIGEM**, para que o autuante ou outro Auditor Fiscal indicado pelo Inspetor Fazendário: entregue ao sujeito passivo, **mediante recibo específico**, cópias reprográficas das notas fiscais que embasaram as infrações apontadas e que foram colhidas através dos Sistemas CFAMT E SINTEGRA e exclua da exigência as que não puderem ser apresentadas; calcule com base nas saídas do exercício fiscalizado, a proporcionalidade (percentual) entre as mercadorias sujeitas à tributação e as com a fase de tributação encerrada ou simplesmente não sujeitas à tributação, tendo em vista o que dispõe a Instrução normativa Nº 56 /2007, publicada no Diário Oficial de 21/09/2007, refazendo os respectivos demonstrativos aplicando o percentual de proporcionalidade apurado em relação às mercadorias tributadas.

O autuante, às fls. 1550 a 1552, atende a diligência solicitada, informando que calculou a proporcionalidade das não mais tributadas, identificando os percentuais a serem deduzidos: no exercício de 2001 31,02%; 2002, 17,82%, 2003, 32,56%, 2004, 40,45% e 2005, 44,03%.

Apresenta, às fls. 1511 e 1552, demonstrativo, mês a mês, const percentual de isentas e outras a ser deduzido, bem como os valores

Restou a exigência, após os ajustes efetuados pelo autuante, no valor de R\$ 33.878,57.

Consta que o autuado recebeu o resultado da diligência, bem como as planilhas às fls. 1553 a 1618.

Foi encaminhada, às fls. 1614 e 1625 dos autos, nova diligência à Infaz de Origem, para que fossem providenciados maiores detalhes sobre a comprovação da aquisição das mercadorias constantes das notas fiscais colhidas através dos registros do SINTEGRA.

O autuado, às fls. 1629 e 1625, apresenta petição para pagamento parcial do auto de Infração, com base no benefício da Lei 11.908/10, no valor de R\$ 33.878,57, valor exatamente apurado pelo autuante após o cálculo da proporcionalidade, elaborado na diligência, às fls. 1550 a 1552, constante do demonstrativo, às fls. 1551 e 1552. O autuado efetua tal pagamento, conforme consta do SIGAT às fls. 1642 a 1644.

### **VOTO**

O presente lançamento de ofício traz a imputação ao sujeito passivo de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entrada de mercadorias não registradas.

Ficam, de forma preliminar, rejeitadas as nulidades argüidas pelo autuado, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável; não há falta de motivação, pois foram indicados os fatos que ensejaram o ato e os preceitos jurídicos que autorizaram a sua prática; resta clara a finalidade pública, bem como o objeto do ato que é a constituição do crédito tributário não recolhido aos cofres da Fazenda Pública Estadual. Foi obedecido o devido processo legal, através do qual o impugnante exerceu a ampla defesa e o contraditório, haja vista que o autuado obteve as peças necessárias a sua defesa, ciente que ficou, as fls. 1532, bem como da informação fiscal à fl. 1543, das notas fiscais colhidas no CEFAMT/SINTEGRA, constantes dos autos; foram obedecidos os prazos previstos legalmente e demais exigências formais. Assim, observo que o PAF está revestido de todas as formalidades legais, não havendo violação ou mesmo mitigação dos princípios que regem o direito administrativo, em particular os inerentes ao processo administrativo fiscal.

Quanto à preliminar de nulidade, relativa ao fato de que o autuante lavrou o Auto de Infração na Inspetoria Fazendária e não no estabelecimento da empresa. Cumpre lembrar que os Decretos Federais, relativos a tributos, não têm alcance sobre a legislação tributária estadual ou mesmo municipal, guardando-se, assim, a antonímia administrativo/tributária dessas unidades federativas. O parágrafo 1º do art. 39 do RPAF, prevê que o Auto de Infração pode ser lavrado no estabelecimento do contribuinte, na repartição fazendária ou no local onde se verificar ou apurar a infração. Concluo por não acolher a argüição de nulidade.

Ficou evidenciado, através das planilhas das notas fiscais CFMT/SINTEGRA, que o autuado deixou de registrar notas fiscais, conforme prova notas do CFAMT (fls. 107/215) e em relação ao SINTEGRA foi solicitado e recebido dos fornecedores informantes das operações, anexadas ao processo (fls. 447 a 629, volume II; fls. 630 a 939, volume III; fls. 940 a 1110, volume IV e fls. 1111 a 1296, volume V).

O contribuinte, em sua defesa, apresentara cópias de notas fiscais, não exibidas ao fisco quando da intimação, para serem excluídas, o que prontamente foi realizado pelo autuante, elaborando novos demonstrativos com a devida exclusão, cujos demonstrativos encontram-se anexos a informação fiscal (fls. 1395/1433).

Quanto às notas fiscais que constam mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, se está reclamando o imposto devido, não das mercadorias descritas nas notas fiscais, em si, e sim da presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, que resulta da presunção relativa de que o valor utilizado para o pagamento das entradas, não contabilizadas, teve como origem receitas anteriores também não contabilizadas.

No que se refere ao fato de que o autuado opera com mercadorias cuja fase de tributação foi encerrada, não tributadas e isentas, foi alvo de diligência, que resultou no cálculo da proporcionalidade informando das não mais tributadas, conforme solicitado: no exercício de 2001 de R\$ 31,02%; 2002, 17,82%; 2003, 32,56%; 2004, 40,45% e 2005, 44,03%.

Após da aplicação da proporção das mercadorias não tributadas, o autuante apresenta, às fls. 1551 e 1552, demonstrativo, mês a mês, constando os valores autuados, com as exclusões e os percentuais de proporcionalidade, bem como os valores corrigidos, estando, após os ajustes efetuados pelo autuante, o valor exigido de R\$ 32.814,84.

Foi solicitada nova diligência para confirmação das notas do SINTEGRA, contudo o autuado, às fls. 1629 e 1625, apresenta petição para pagamento parcial do Auto de Infração, com base no benefício da Lei 11.908/10, no valor de R\$ 32.814,84, valor exatamente apurado pelo autuante após o cálculo da proporcionalidade, elaborado na diligência, às fls. 1550 a 1552, constante do demonstrativo, às fls. 1551 e 1552. O autuado efetua tal pagamento, conforme consta do SIGAT às fls. 1642 a 1644. Diante desse fato, fica constatado que o autuado reconhece os valores exigidos, conforme ajustes efetuados pelo autuante, após a exclusão das notas fiscais apresentadas pelo autuado e aplicação dos percentuais de proporcionalidade, revelando, por conseguinte, o seu acolhimento quanto às exigências das notas fiscais remanescentes.

Assim, ficou caracterizada a falta de contabilização de entradas de mercadorias indicando que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Foram, como já visto, efetuadas as correções relativas às notas fiscais demonstradas pelo autuado e a proporcionalidade entre as operações tributadas e não tributadas, com redução da exigência, cujo o imposto remanescente do ajuste efetuado pelo autuante foi recolhido pelo autuado.

Voto pela **PROCÊDENCIA PARCIAL** do Auto de Infração.

#### **RESOLUÇÃO**

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração **087015.0205/06-8**, lavrado contra **RAIMUNDO BORGES NERI JÚNIOR**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$32.814,84**, acrescido da multa de 70%, prevista no inciso III, da Lei 7014/96, e dos acréscimos legais, cujo valor já recolhido deverá ser homologado pelo órgão competente.

Esta Junta recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art.169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Sala das Sessões do CONSEF, 05 de outubro de 2010.

JOSÉ CARLOS BACELAR – PRESIDENTE

ANGELO MÁRIO DE ARAUJO PITOMBO – RELATOR

ANTONIO CESAR DANTAS DE OLIVEIRA – JULGADOR