

A. I. Nº - 209470.0008/07-0
AUTUADO - SUPERMERCADO PREÇO BAIXO LTDA.
AUTUANTE - JOSÉ ADELIAS AMORIM BOTELHO
ORIGEM - INFAS ITAPETINGA
INTERNET - 20.10.10

4^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0307-04/10

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS 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. Exigência absorvida pela omissão de saída apontada na segunda infração. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. USO DE EQUIPAMENTO EMISSOR DE CUPOM FISCAL CLANDESTINO. OPERAÇÕES DE SAÍDAS SEM TRIBUTAÇÃO. Ilícito fiscal comprovado. Infração subsistente. 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Exigência reconhecida. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 10/12/2007, exige o ICMS no valor de R\$ 945.929,64, em razão de:

1. Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas, inerente aos exercícios de 2004 e 2005, reclamando o ICMS de R\$ 60.497,41;
2. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrente do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, apurada através da memória fiscal de ECFs irregulares, clandestinos, sem atestado de intervenção técnica e nem lacres autorizados pela SEFAZ, relativo ao período de setembro de 2003 a novembro de 2007, reclamando o ICMS no valor de R\$ 883.470,39;
3. Deixar de efetuar o recolhimento do ICMS antecipação parcial, no valor de R\$ 1.961,84, inerente ao período de abril de 2004 a dezembro de 2005, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas para fins de comercialização.

O autuado, através de seu advogado legalmente habilitado, apresentou impugnação às fls. 446 a 465, inicialmente reconhece como devida a infração 03. No que concerne à infração 01, aduz que a exigência não pode prosperar porque as mercadorias constantes das notas fiscais, objeto desta infração, não foram por ele adquiridas, do que destaca não haver prova do recebimento das mercadorias, em razão de se tratar de mera presunção de que o autuado efetuou tais compras, à medida que não foi trazida aos autos qualquer nota fiscal constando como destinatário o autuado. Pede a nulidade deste item pela ausência das provas necessárias à demonstração do fato arguido.

No tocante à infração 02, salienta que a ação fiscal incorre em vício insanável, uma vez que desconsidera que os equipamentos que se destinam a emissão de cupom fiscal são os de nºs. 15, 17, 18 e 20, e não os de nºs 31 e 33 que se destinam ao controle das operações internas do estabelecimento.

Em seguida, como prova de que todas as mercadorias entradas no estabelecimento tiveram saídas pelo ECF autorizado, o autuado apensa ao PAF, às fls. 476 a 658. os seguintes documentos: Demonstrativo de Entradas e Saídas de mercadorias de 2003 a 2007 de mercadorias de 2003 a 2007; cópia do livro de RAICMS de 2003 a 2007.

Sustenta o defendant que descabe solicitar autorização da SEFAZ para utilização de equipamento com finalidade diversa da emissão de cupom fiscal para comercialização de mercadorias.

Ressalta que a assertiva do autuante de que os ECFs nº 31 e 33 emitiam cupons fiscais sem identificação do contribuinte, vem corroborar que o autuado não utilizava tais equipamentos para fins fiscais. Aduz que, como ficou comprovada a inexistência de irregularidade, a ação fiscal deve ser julgada insubstancial. Cita diversos acórdãos.

Por fim, pede que se declare a nulidade do Auto de Infração e, se assim não entender, no mérito, seja julgado improcedente o Auto de Infração.

O autuante, em sua informação fiscal às fls. 660 e 661 dos autos, esclarece que “*O valor apurado referente à infração n.º 01, teve por base o confronto dos arquivos SINTEGRA fornecido pelos fornecedores e que não tiveram correspondente no arquivo fornecido pelo autuado, bem como nos seus Registros de Entradas de Mercadorias conforme atesta às folhas de nº. 16 a 176. Sendo inclusive feita a circularização e apensada a este processo*”.

Aduz também que: “*O valor apurado referente à infração n.º 02, teve por base a memória fiscal (fls. 180 a 434) de ECFs clandestinas encontradas no estabelecimento por equipe de trânsito de mercadorias, em área de atendimento ao público e emitindo cupons (fls. 176 a 179), sem atestados de intervenção técnica nem lacres autorizados pela SEFAZ. Esquecendo o autuado porém o que diz o Artigo 824 –U no seu inciso I e parágrafo 5º do RICMS*”.

Anexa, às fls. 663 a 750 dos autos, cópia das notas fiscais. Mantém, na íntegra a ação fiscal.

À fl. 751 dos autos, o contribuinte foi intimado a tomar ciência da informação fiscal, em razão da juntada aos autos de novos documentos, sendo-lhe concedido o prazo de 10 dias para, querendo, sobre elas se manifestar, o que não ocorreu, tendo o PAF sido encaminhado ao CONSEF.

À fl. 756 dos autos, consta que a 4ª JJF, considerando que na infração 01 não restou comprovada a entrega das notas fiscais que serviram de suporte à referida exigência, decidiu converter o PAF em diligência para que sejam adotadas as seguintes providências:

- a) Para o autuante providenciar cópias de todas as notas fiscais que não foram registradas e serviram de base de cálculo para a presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis;
- b) Para o autuante excluir do levantamento, fls. 16 a 19, o item que não esteja comprovado através do respectivo documento fiscal, elaborando novo demonstrativo apenas com os documentos, cuja prova material disponha.
- c) Para a INFRAZ, após as providências acima, intimar o sujeito passivo para conhecer do presente pedido de diligência, das considerações do autuante, dos novos demonstrativos da apuração acostados aos autos, de novas provas produzidas, além de fornecer cópias da documentação recém produzida com o visto de seu recebimento, reabrindo o prazo de defesa, de 30 (trinta) dias, nos termos da legislação em vigor.

À fl. 758 dos autos, o autuante, em cumprimento à diligência solicitada, informa que:

- a) As cópias das notas fiscais que não foram registradas e que serviram de base de cálculo para a infração 01, estão devidamente anexadas a este processo às folhas 663 a 750. Também estão anexadas a esta informação as notas fiscais nºs: 182559 de 11/10/2004, emitida por Cooperativa Agro Pecuária Vale do Rio Doce Ltda; 169873 de 05/08/2005; 179203 de 23/09/2005; 185041 de 29/10/2005; 185050 de 29/10/2005 e 193840 de 23/12/2005 emitidas por União Comércio Importação e Exportação Ltda, notas fiscais estas que foram enviadas pelos fornecedores após o registro do Auto de Infração.
- b) Foram excluídos todos os lançamentos de notas fiscais não registradas e que não foram enviadas cópias pelos fornecedores. Assim, diante de novos dados foi elaborada nova planilha “Auditoria em Lançamentos” bem como um novo anexados à informação fiscal, onde apura o valor total da infração

Intimado a tomar ciência da nova Informação Fiscal, tendo sido na oportunidade concedido o prazo de dez dias para, querendo, se manifestar, o autuado não se pronuncia.

À fl. 775 dos autos, esta 4ª JJF resolve converter o PAF em nova diligência à INFRAZ de origem para intimar o sujeito passivo a tomar conhecimento das alterações procedidas, inclusive providenciar a efetiva entrega dos documentos de fls. 663 a 750 e os novos demonstrativos apensados aos autos que alteraram o valor da exigência, com fornecimento de cópias da documentação recém produzida (fl. 756 a 770), com visto do recebimento, reabrindo o prazo de defesa de trinta (30) dias.

À fl. 777 dos autos, consta a intimação ao contribuinte para tomar ciência da Informação Fiscal, em razão da juntada aos autos de novos documentos, sendo consignada a concessão do prazo de trinta (30) dias para, querendo, sobre ela se manifestar, como também que, em anexo, seguiu cópias das folhas de nº 756 a 770 da citada informação fiscal. Contudo, o autuado não se pronunciou.

VOTO

De acordo com as alegações defensivas, o autuado impugnou somente as infrações 01 e 02. Assim, considero procedente o item 03, não contestado, haja vista que não existe controvérsia.

Quanto à alegação de nulidade argüida pelo defendant, relativa à primeira infração, sob o argumento de que não existem provas da aquisição e do recebimento das mercadorias, objeto desta infração, uma vez que não foi trazida aos autos qualquer nota fiscal constando como destinatário o autuado, deixo de acolher tal preliminar uma vez que tais documentos fiscais constam às fls. 663 a 750 e 765 a 770 dos autos, tendo o sujeito passivo recebido cópia das mesmas, assim como dos novos demonstrativos às fls. 759 a 764, tendo naquela oportunidade sido reaberto o prazo de defesa de trinta dias para, querendo, se pronunciar sobre os citados documentos.

Quanto ao mérito, relativo à segunda infração, a qual exige o ICMS no valor de R\$ 883.470,39, apurado através da constatação de omissão de saídas de mercadorias decorrente do não lançamento de documento fiscal nos livros fiscais próprios, verificado através da memória fiscal de ECFs irregulares, sem atestados de intervenção técnica e nem lacres autorizados pela SEFAZ, consoante Termo de Apreensão, Leitura "X", demonstrativos e demais documentos às fls. 176 a 434 dos autos, comprovam o ilícito fiscal apontado, inclusive consignando forma de pagamento (fl. 177), o que denota, de modo irrefutável, a realização de operações mercantis sem tributação.

Sendo assim, descabe a alegação defensiva de que se trata de equipamentos destinados ao controle das operações internas do estabelecimento, do que entende o autuado que, nessa condição, seria desnecessária a autorização da SEFAZ para utilização dos equipamentos, o que não condiz com a legislação baiana, a qual exige a autorização da SEFAZ mesmo para equipamentos utilizados para controle interno do estabelecimento.

Entretanto, o que restou cabalmente comprovado foi a existência de operações mercantis sem a devida tributação, sendo procedente a infração.

Contudo, de ofício, devo salientar ser incompatível a cobrança simultânea das exigências relativas às duas primeiras infrações, visto que na infração 01, se reclama o ICMS por presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas (contabilizadas), prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº. 7.014/96, sob o entendimento de que "a falta de contabilização de entradas de mercadorias" indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos das referidas mercadorias com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas.

Por outro lado, como a infração 02 se refere à receita de omissão de saídas de mercadorias não oferecidas à tributação pela falta de lançamento de documentos fiscais nos livros fiscais próprios, no mesmo período da primeira infração, é notória a possibilidade de que tal receita, derivada da omissão de saídas através dos equipamentos de ECF, tenha dado suporte às compras não contabilizadas, do que se conclui a existência de uma única receita.

sendo devida a absorção da infração de menor valor (infração 1) pela de maior expressão monetária (infração 2).

Tal entendimento decorre da previsão legal contida no art. 60, § 1º, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto nº. 6.284/97, o qual estabelece que:

Art. 60. A base de cálculo do ICMS, nos casos de presunção de omissão de saídas ou de prestação, é:

[...]

§ 1º Na apuração da base de cálculo em função dos critérios previstos neste artigo, quando forem constatadas, simultaneamente, irregularidades no disponível e no exigível, bem como entradas ou pagamentos não registrados ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis, levar-se-á em conta, apenas, a ocorrência ou diferença de maior valor monetário, se se configurar a presunção de que as demais nela estejam compreendidas

No caso presente, verifica-se que, a simples possibilidade da mesma receita da omissão de saída de mercadorias, apurada através de documentos fiscais não lançados nos livros fiscais próprios, ter sido utilizada para os pagamentos aos fornecedores nas compras não contabilizadas, ensejando a “presunção legal” de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, é suficiente para não se exigir simultaneamente as duas infrações, sob pena de incidir em duplicidade de cobrança do ICMS.

Assim, é recomendável a aplicação do dispositivo regulamentar acima, no sentido de que seja considerada, apenas, a ocorrência de maior valor monetário, existente no período em comum, no caso a segunda infração, e eliminada a primeira infração, por estar contida naquela.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, mantendo integralmente as infrações 02 e 03 do lançamento de ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 209470.0008/07-0, lavrado contra **SUPERMERCADO PREÇO BAIXO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$ 885.432,23**, acrescido das multas de 70% sobre R\$ 883.470,39 e 60% sobre R\$ 1.961,84, previstas, à época, no art. 42, III e II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Esta Junta recorre, de ofício, desta decisão, para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10/10/00.

Sala das Sessões do CONSEF, 14 de outubro de 2010.

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – PRESIDENTE

FERNANDO A. BRITO DE ARAÚJO – RELATOR

PAULO DANILÓ REIS LOPES – JULGADOR