

**PROCESSO** - A. I. Nº 087078.0005/08-4  
**RECORRENTE** - MERCADINHO E PADARIA UNIPREÇO LTDA. (MERCADINHO UNIPREÇO)  
**RECORRIDA** - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL  
**RECURSO** - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 1ª JJF nº 0318-01/10  
**ORIGEM** - INFRAZ VITÓRIA DA CONQUISTA  
**INTERNET** - 06/12/2011

### 1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

#### ACÓRDÃO CJF Nº 0334-11/11

**EMENTA:** ICMS. 1. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. DME. OMISSÃO DE ENTRADAS DE MERCADORIAS. MULTA. A falta de informação de entradas de mercadorias na DME possibilita a aplicação de multa de 5% sobre o valor comercial das mercadorias não informadas. Infrações caracterizadas. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. FALTA DE PAGAMENTO DO IMPOSTO. **a)** ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. É devido o pagamento, a título de antecipação parcial do ICMS, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, nas entradas de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime de substituição tributária. Retificado, de ofício, o enquadramento da multa indicada no Auto de Infração para a prevista no art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº. 7.014/96. Infração comprovada. **b)** AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Infração não impugnada. 3. 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. Infração caracterizada. Rejeitadas as preliminares de nulidade. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

### RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão da 1ª JJF através do Acórdão nº 0318-01/10, que julgou Procedente a Ação Fiscal, exigindo ICMS e multa por descumprimento de obrigação acessória, no valor total de R\$47.876,22, resultante das seguintes infrações:

INFRAÇÃO 1 – omitir, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (declaração do movimento econômico de microempresas e empresas de pequeno porte), entradas de mercadorias no estabelecimento, no exercício de 2003, sendo sugerida a multa de 5% sobre o valor das mercadorias, resultando na exigência de R\$6.056,51. Consta que o demonstrativo relaciona as notas fiscais arquivadas pelo contribuinte, indicando as diferenças entre as notas fiscais e a DME;

INFRAÇÃO 2 – omitir, nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME (declaração do movimento econômico de microempresas e empresas de pequeno porte), entradas de mercadorias no estabelecimento, nos exercícios de 2003, 2004, 2005, 2006 e 2007, sendo sugerida a multa de 5% sobre o valor das mercadorias, resultando na exigência de R\$8.668,32. Consta estar de acordo com o demonstrativo e as cópias das notas fiscais relativas a mercadorias não tributáveis, que não foram arquivadas pelo contribuinte e nem serviram de base para o preenchimento da DME, obtidas junto aos fornecedores e através do Sistema CFAMT;

INFRAÇÃO 3 – deixar de efetuar o recolhimento do ICMS correspondente à antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte, em relação à aquisição de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação para fins de comercialização, nos meses de março a junho, agosto e outubro a dezembro de 2004, janeiro, fevereiro, junho, agosto, outubro e dezembro de 2005, fevereiro, julho e dezembro de 2006, maio e junho de 2007, exigindo imposto no valor de R\$1.665,35, acrescido da multa de 50%. Consta que os demonstrativos e as notas fiscais se encontram em anexo;

INFRAÇÃO 4 – deixar de recolher o ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, nos meses de janeiro a dezembro de 2003, janeiro a dezembro de 2004, janeiro a dezembro de 2005, janeiro a dezembro de 2006, janeiro, fevereiro e abril a junho de 2007, sendo exigido imposto no valor de R\$30.923,94, acrescido da multa de 70%. Consta ter sido apurado que notas fiscais de compras de mercadorias tributáveis não foram arquivadas, nem registradas no livro Caixa e nem serviram de base para o preenchimento das DMEs, tudo conforme demonstrativos em anexo;

INFRAÇÃO 5 – deixar de recolher o ICMS por antecipação ou substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, na condição de empresa de pequeno porte, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação (relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97), nos meses de fevereiro, agosto a outubro e dezembro de 2003, março de 2004, janeiro e setembro de 2005, exigindo imposto no valor de R\$562,10, acrescido da multa de 50%, conforme demonstrativos e cópias das notas fiscais em anexo.

O autuado apresentou impugnação tempestiva (fls. 1.128 a 1.135), contestando todas as infrações, com exceção daquela identificada pelo número 5, a qual reconheceu como procedente.

Por sua vez, o autuante, às fls. 1.138/1.140, prestou a informação fiscal de praxe, sendo o PAF, em três oportunidades, convertido em diligência.

Ao decidir, a Junta de Julgamento Fiscal, inicialmente, afastou a nulidade suscitada pelo autuado, sob a alegação de que as infrações 1 e 2 teriam sido baseadas nas mesmas notas fiscais que propiciaram a apuração dos valores dos débitos atinentes às demais infrações, ressaltando que a infração 1 estava alicerçada em notas fiscais entregues ao fisco pelo próprio contribuinte, as quais não haviam sido incluídas nas informações repassadas através da DME, enquanto, na infração 2, decorrente do mesmo tipo de irregularidade, as notas fiscais foram colhidas por meio do Sistema CFAMT e junto aos fornecedores, porém se referiam apenas a operações não tributadas pelo ICMS. As demais infrações se encontravam amparadas por notas fiscais diversas, todas elas atinentes a operações normalmente tributáveis pelo ICMS.

Adentrando ao mérito, a Decisão de 1º grau se consubstanciou nos seguintes termos:

*“No mérito, verifico que as infrações 01 e 02 decorreram da apuração de omissão de entradas de mercadorias no estabelecimento nas informações econômico-fiscais apresentadas através de DME, tendo sido aplicada a multa de 5% sobre o valor das mercadorias. Conforme esclarecido acima, descabe a afirmação do contribuinte de que as multas concernentes a estas duas imputações, de caráter acessório, estariam absorvidas pelas multas correspondentes às infrações 03, 04 e 05, decorrentes da falta de recolhimento do imposto. Não tem pertinencia, igualmente, o pleito pela transformação da multa relativa à infração 02 para 1%, sob a argumentação de que se referiu a mercadorias não tributáveis, haja vista que a multa sugerida está correta, sendo aquela prevista no inciso XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96.*

Constato que em conformidade com o demonstrativo acostado às fls. 23 a 52 e com as cópias das notas fiscais correspondentes, o lançamento se encontra devidamente comprovado, de modo que essas infrações ficam mantidas integralmente.

A infração 03 se originou da constatação da falta de recolhimento do ICMS atinente à antecipação parcial, exigência prevista no art. 352-A do RICMS/BA (aprovado pelo Decreto nº 6.248/97). Neste caso, o impugnante apenas se insurgiu contra a alíquota aplicada, sob o entendimento de que a fiscalização deveria ter utilizado os percentuais relativos ao seu enquadramento no Regime do SimBahia. Quanto a este ponto, realço que os cálculos efetuados se encontram corretos, pois em conformidade com previsão contida no art. 61, inciso IX do RICMS/BA.

Ademais, após analisar os demonstrativos acostados às fls. 60 a 74, concluo que esta infração resta devidamente caracterizada.

Discordo, entretanto, com a multa sugerida no percentual de 50%, baseada no inciso I, alínea "b", item I do art. 42 da Lei nº. 7.014/96, desde quando a multa a ser aplicada deve corresponder àquela indicada na alínea "f" do inciso II do mesmo artigo e Lei, e que representa o percentual de 60%, por se referir a hipótese de infração diversa das previstas nessa Lei, com a redação dada pela Lei nº. 10.847, de 27/11/07, efeitos a partir de 28/11/07, importando em descumprimento de obrigação tributária principal. Cabe registrar que esse entendimento se encontra consubstanciado em recentes decisões deste CONSEF, a exemplo do Acórdão CJF nº 0255-12/09. Assim, retifico, de ofício, a multa aplicada.

Na infração 04 foi exigido ICMS, em decorrência da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas, fato verificado através de notas fiscais de compras de mercadorias tributáveis que não foram arquivadas, nem registradas no livro Caixa e nem serviram de base para o preenchimento das DMEs. Contesto a citação, pelo impugnante, ao Acórdão CJF nº. 0134-12/08, quando suscitou que teria ocorrido o seu desenquadramento do SimBahia, uma vez que, na verdade, na presente situação a exigência tributária foi efetivada de forma correta, não tendo havido o desenquadramento do contribuinte.

O que ocorreu foi que em decorrência do fato apurado, que se referiu à falta de lançamento de centenas de notas fiscais em seu livro Caixa, também não incluídas na DME e nem arquivadas, portanto não contabilizadas pelo contribuinte, o fisco se utilizou da presunção legal, prevista no § 4º do artigo 4º da Lei nº 7.014/96, vigente à época dos fatos, conforme transcrevo abaixo:

'Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

.....

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem como a existência de entrada de mercadorias não contabilizadas ou de declaração de vendas pelo contribuinte em valores inferiores às informações fornecidas por instituições financeiras e administradoras de cartões de crédito, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.'

No que se refere à afirmação do sujeito passivo de que a fiscalização teria digitado notas fiscais em duplicidade, observo que o autuante esclareceu que, na realidade, as situações citadas pelo contribuinte decorreram do fato de em algumas notas fiscais existirem mercadorias tributáveis e mercadorias não tributáveis, de modo que uma mesma nota fiscal pode constar tanto na planilha referente à multa fixa como naquela relativa à omissão de receita.

Consigno que tendo em vista que ao impugnar o lançamento, o autuado arguiu que não fora aplicado o critério da proporcionalidade, conforme entendimento consagrado na SEFAZ, inclusive através de instrução normativa, frisando que em decorrência de sua atividade, mais de 80% das mercadorias que comercializa estaria sujeita à antecipação tributária ou corresponderia a operações isentas do ICMS, o processo foi convertido em diligência em três oportunidades, visando verificar se existiam possibilidades de se atender o quanto requerido pelo contribuinte.

A primeira diligência foi realizada pelo próprio autuante, que, ao atender o primeiro pedido, informou ter analisado as reduções Z e as leituras da memória fiscal, quando constatou que só havia saídas de mercadorias tributadas, concluindo que qualquer tentativa de se calcular a proporcionalidade nunca expressaria a verdade. Na segunda diligência, o autuante reafirmou a impossibilidade de se calcular a proporcionalidade, pois de acordo com o item 3 da Instrução Normativa 56/2007, o contribuinte não apresentou os dados verdadeiros, que possibilitessem a apuração, de modo que o ICMS deveria ser calculado com base no valor total da omissão.

Em vista disso, e considerando que o contribuinte enfatizou que a manutenção integral da exigência iria macular o processo, resultando em uma injustiça, uma vez que a proporcionalidade poderia ser apurada com base nas entradas das mercadorias registradas nos livros fiscais próprios, pela terceira vez o processo foi diligenciado, dessa vez à ASTEC/CONSEF.

*O revisor da ASTEC esclareceu que após intimar por diversas vezes a apresentar o demonstrativo da proporcionalidade, com base nas aquisições de mercadorias, bem como os livros e notas fiscais originais, o autuado alegou que não poderia efetuar o levantamento, em razão da exiguidade do tempo concedido, e nem apresentou a documentação requerida, acostando aos autos tão somente os livros Registro de Apuração do ICMS. Constatou que a despeito da limitação do material disponibilizado pelo autuado, ainda assim, o diligente apurou a proporcionalidade, quando comparou os valores consignados nos mencionados livros, constantes nos campos “Operações com Débito do Imposto” e “Operações sem Débito do Imposto”.*

*Entretanto, apesar do esforço desempenhado pelo diligente ao realizar esse trabalho, concluo que nos moldes como apurada, a proporcionalidade não pode ser aplicada à situação em lide, tendo em vista os seguintes pontos:*

*a) mesmo tendo sido promovidas três diligências, visando apurar o quanto requerido pelo contribuinte, nota-se que em momento algum houve interesse de sua parte em disponibilizar os elementos necessários e suficientes, para que se chegasse aos percentuais efetivamente praticados no desenvolvimento de suas atividades comerciais. Tanto é assim, que na diligência realizada pela ASTEC, foram entregues várias intimações, no período de 08/02/2010 a 12/04/2010, portanto num espaço de tempo superior a 60 dias, para, então, o autuado se pronunciar, demonstrando dificuldades em atender ao quanto requerido, disponibilizando apenas os livros Registro de Apuração do ICMS, os quais não bastam para que se verifique, com convicção, as operações praticadas pelo estabelecimento no período objeto do levantamento;*

*b) ao comparar os dados compilados pelo diligente, nas planilhas de fls. 1.190/1.191, constato, surpreso, e sem entender o motivo de tão estranhos resultados, que durante os exercícios de 2003, 2004 e 2005, o contribuinte só teria dado saída de mercadorias classificadas como “isentas/outras”, portanto sem constar nenhuma operação com mercadorias tributáveis pelo ICMS; já nos exercícios de 2006 e 2007, a situação se inverteu, com todas as operações se referindo a mercadorias tributáveis, não tendo havido saídas de mercadorias não tributáveis. Com base nesses dados, disponibilizados pelo contribuinte, o diligente concluiu que o valor do débito para a infração em comento, que originalmente representava R\$30.923,94, passaria para a importância de R\$3.990,04, resumindo-se aos exercícios de 2006 e de 2007.*

*Ao cotejar esses resultados com as planilhas elaboradas pelo autuante (fls. 53 a 74), verifico uma situação inusitada, desde quando, tomando, por exemplo, o exercício de 2004, as entradas de mercadorias normalmente tributáveis atingiu o montante de R\$157.259,22, enquanto que de acordo com o respectivo livro Registro de Apuração do ICMS entregue agora pelo autuado, nesse exercício somente teriam ocorrido entradas de mercadorias por meio de “operações sem crédito do imposto”, enquanto que as saídas, por sua vez, teriam representado um total de R\$307.551,49, concernente a operações “isentas/outras”.*

*Com base no quanto acima delineado, concluo que a infração 04 restou totalmente caracterizada, razão pela qual a mantendo em sua integralidade.*

*No que se refere à infração 05, que trata da falta de recolhimento do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias relacionadas no inciso II do art. 353 do RICMS/97, noto que o autuado a acatou expressamente, ficando mantida.*

*Voto pela procedência do Auto de Infração.”*

Inconformado, o sujeito passivo interpôs, em tempo hábil, Recurso (fls. 1.360 a 1.367), arguindo, preliminarmente, a nulidade do julgamento de primeiro grau, por manifesto descumprimento do devido processo legal, alegando que o julgador deixou de se manifestar sobre diversas impugnações suscitadas, sobretudo no tocante às infrações 1 e 2, “já que ambas são relativas ao suposto descumprimento de obrigações formais cujos fatos geradores estão relacionados às demais infrações registradas no Auto de Infração.”

Reiterou, também, a preliminar de nulidade do lançamento atinente às infrações 1 e 2, por se referirem ao descumprimento de obrigações formais, cujos fatos geradores estariam relacionados às demais infrações, asseverando, de outra parte, que as infrações 3, 4 e 5 também se encontravam vinculadas às omissões de entrada apuradas pela fiscalização, gerando a exigência do respectivo tributo, não podendo se repetir a punição imposta simultaneamente, tanto para multa formal, como para obrigação acessória.

Prosseguindo, ressaltou ser evidente, na doutrina jurídico-tributária, o entendimento de que a obrigação principal absorvia a secundária e, desse modo, as infrações 1 e 2 não poderiam prosperar, devendo ser declaradas nulas.

Ao abordar a temática meritória, o recorrente afirmou ter o julgador deixado de observar três aspectos essenciais ao desate da controvérsia, quais sejam:

1. A infração 2, relacionada às entradas de mercadorias não tributáveis, que não serviram de base para o preenchimento da DME, teve aplicação da multa de 5%, quando a prevista pela legislação seria de 1%, descabendo o valor reclamado pelo autuante, o qual se utilizou do mesmo critério usado para mercadorias tributáveis. Reafirmou a tese de nulidade da cobrança de multa por descumprimento de obrigação acessória, em face da existência de reclamação atinente à obrigação principal.
2. A infração 3, dispondo acerca da falta de recolhimento do ICMS sobre antecipação parcial, não foi aplicada a redução da alíquota relativa à condição de empresa integrante do SimBahia (nos exercícios de 2004 a 2007), uma vez que a antecipação deveria ser feita sobre 3% (10-7) e não sobre 10% (17-7).
3. Com relação à infração 4, não se utilizou o critério da proporcionalidade, conforme entendimento já consagrado na SEFAZ, já editada instrução normativa nesse sentido, aduzindo ser sua atividade preponderante a de mercadinho e padaria, com mais de 80% das mercadorias sujeitas à antecipação tributária ou cujas operações são isentas do ICMS, portanto, não tributáveis ou com fase de tributação encerrada, sendo imprescindível o cumprimento da proporcionalidade.

Ainda sobre dita infração (4), ratificou inexistir comprovação nos autos de que tivesse cometido qualquer das condutas referidas no art. 408-L do RICMS/BA, já que ausente levantamento que pudesse ser considerado como auditoria de caixa, estoque ou similar, não havendo a efetiva caracterização de ter agido em desacordo com a previsão regulamentar, autorizando o seu desenquadramento do SimBahia. Transcreveu a ementa relativa ao Acórdão CJF Nº 0134-12/08, reportando-se à manutenção de Decisão de Primeira Instância, que resultou na nulidade da autuação por se encontrar em desacordo com as situações previstas para desenquadramento.

Em seguida, argumentou operar significativamente com mercadorias com antecipação tributária na origem, a exemplo de produtos produzidos com farinha de trigo, biscoitos, açúcar, refrigerantes, etc., possuindo um percentual de saídas com fase de tributação encerrada (isentas, não-tributáveis e outras), por volta de 90%, portanto, com base em entendimento do próprio CONSEF, pronunciado através do Acórdão JJF Nº 0215-01/02, atendendo recomendação da ASTEC, pela apuração das omissões de saídas de forma proporcional às saídas tributadas, estaria o montante apurado pelo autuante eivado de vício, desatendendo tal critério, mostrando-se, assim, irreal e sem relação com sua movimentação verdadeira.

Sustentou se referir o § 3º do art. 2º do RICMS/BA a presunções legais relativas, as quais admitiriam prova em contrário, realçando que somente se aceitaria a presunção de saídas de mercadorias tributáveis, acaso ocorrente apenas saídas de mercadorias tributáveis, do que não versava a espécie concreta, pois somente 10% de suas saídas se encontravam sujeitas à tributação.

Disse que, consoante se constata nas notas fiscais dos fornecedores, as mercadorias se apresentavam isentas ou com antecipação, reiterando o apelo pela aplicação da proporcionalidade.

Concluiu no sentido de requerer o reconhecimento, pelo Conselho de Fazenda, dos seus argumentos, visando fosse o Auto de Infração julgado parcialmente procedente, mantendo-se apenas a infração 5, bem como acolhida a proporcionalidade, postulando, também, pela apresentação de qualquer meio de prova previsto em direito, inclusive a pericial, a ser realizada por fiscal estranho ao feito.

Em seu Parecer (fls. 1.372/1.375), a ilustre representante da PGE/PROFIS, ao analisar o Recurso Voluntário, opinou pelo Não Provimento, com os seguintes fundamentos:

- a) Inexistência de nulidade da Decisão de 1º grau, posto que foram apreciadas todas as questões suscitadas pelo contribuinte.
- b) Infrações independentes, impossibilitando a absorção das multas aplicadas, uma vez configuradas quatro imputações diversas, baseadas em documentos fiscais próprios, com multas específicas e distintas previstas na legislação.
- c) O critério da proporcionalidade não foi adotado, por conta da atitude do contribuinte, o qual se negou a apresentar todos os documentos requeridos pelo diligente.
- d) A recusa da parte em comprovar fato controverso com elemento probatório, nos termos da art. 142 do RPAF/99, caracterizava a presunção de veracidade da afirmação da parte contraria.

Em suma, dimensionou o opinativo não ter o contribuinte apresentado qualquer prova capaz de alterar ou modificar o lançamento tributário.

## VOTO

Versa o Recurso Voluntário em apreciação sobre as razões da irresignação do autuado com a Decisão de Primeira Instância, atinente às infrações nºs 1, 2, 3 e 4, descritas, minuciosamente, no relatório supra, onde se exige ICMS e multa por obrigação acessória.

Assim é que o recorrente suscitou a nulidade do decisório de piso, sustentando ter a JJF deixado de apreciar impugnações formuladas na defesa, referentes às imputações 1 e 2, as quais seriam absorvidas pelas demais infrações.

No específico, nenhuma razão assiste ao recorrente, porquanto, da simples leitura do voto, principalmente dos primeiro e segundo parágrafos da Decisão (fls. 1.345/1.346), constata-se, sem margem a dúvidas, ter o julgador examinado, de forma clara e objetiva, todos os argumentos defensivos.

Com efeito, a 1ª Junta de Julgamento Fiscal, ao julgar procedentes as imputações, analisou, minuciosamente, cada uma delas, apresentando-se as razões recursais como meras repetições das teses sustentadas na impugnação, inclusive reiterando a nulidade das infrações 1 e 2, bem como o requerimento para realização de perícia, por fiscal estranho ao feito, objetivando comprovar as alegações recursais.

De plano, lastreado no art. 147 do RPAF, indefiro a perícia postulada, porquanto suficientes se apresentam, para a formação do convencimento do Órgão Julgador, os elementos informativos residentes na procedimentalidade, frisado o fato de se encontrarem em poder do próprio autuado, a quem caberia a produção da prova pretendida, as notas fiscais e documentos que compõem as imputações, além de não vislumbrar equívocos ou pontos de controvérsias capazes de ensejar a necessidade de esclarecimentos técnicos.

Outrossim, não podem prosperar as preliminares de nulidade arguidas, na medida em que inexistentes vícios formais capazes de comprometer a legalidade da ação fiscal, encontrando-se atendidas, no PAF, todas as formalidades legais, porquanto determinado o sujeito passivo, o montante do débito tributário apurado e a natureza das infrações imputadas, não pairando dúvida quanto à independência das infrações descritas no presente lançamento tributário, frisando-se o aspecto de que todas as nulidades suscitadas já foram bem apreciadas e rechaçadas na Decisão de piso, ora hostilizadas sem qualquer nova argumentação.

De igual sorte, já excursionando na seara meritória, o recorrente não trouxe nenhum fundamento novo e/ou documento hábil, no desiderato de modificar a Decisão farpeada e/ou afastar as imputações impostas, apresentando-se a petição do Recurso Voluntário como mera transcrição literal da impugnação.

Por conseguinte, em relação às infrações 1 e 2, na mesma linha de intelecção da douta PGE/PROFIS, posiciono-me no sentido de se tratar o caso de apuração de omissão de entradas de

mercadorias no estabelecimento, conforme retratam as informações econômico-fiscais apresentadas através da DME, sendo aplicada, corretamente, a multa de 5% sobre o valor das mercadorias, posto que em consonância com o previsionamento legal estatuído no art. 42, inciso XII-A, da Lei nº 7.014/96, rezando literalmente:

*Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:*

(...)

*XII-A - 5% (cinco por cento) do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento e dos serviços prestados durante o exercício, quando não tiver sido informado em Declaração Eletrônica a que estiver sujeita a Microempresa e a Empresa de Pequeno Porte.*

À vista do normativo transscrito, não pode prosperar, por falta de amparo legal, o pleito de transformação da multa relativa à infração 2 para 1%, sob o argumento de se referir a mercadorias não tributáveis.

No tocante à infração 3, também não assiste qualquer razão ao recorrente, posto que a exigência da antecipação parcial se encontra, indubiosamente, amparada pela legislação vigente, mais precisamente no art. 352-A do RICMS/BA, tendo o contribuinte apenas se insurgido contra a alíquota aplicada, argumentando ser integrante do “SimBahia”.

Mais uma vez incensurável o entendimento da JJF, eis que os cálculos retratam valores corretos, porquanto amparados no art. 61, inciso IX, do RICMS/BA, *verbis*:

*“Art. 61. A base de cálculo do ICMS para fins de retenção do imposto pelo responsável por substituição, nas operações internas, relativamente às operações subsequentes, bem como para fins de antecipação do pagamento na entrada de mercadoria no estabelecimento e nas demais hipóteses regulamentares, é:*

(...)

*IX - em relação à antecipação parcial do imposto, estabelecida no art. 352-A, o valor da operação interestadual constante no documento fiscal de aquisição, observado o disposto no § 8º.”*

Por último, o sujeito passivo, ao se insurgir da infração 4, repisou a tese da aplicação do critério de proporcionalidade, alegando se tratar de uma empresa que atua como mercadinho e padaria, portanto operando significativamente com mercadorias sujeitas à antecipação tributária na origem, ou seja, possuindo um percentual das saídas, com a fase de tributação já encerrada, por volta de 90%, sem, contudo, trazer aos autos nenhum documento, levantamento ou demonstrativo novo, capaz de dar suporte às suas reiteradas alegações.

Sucede que o exame do feito, no pertinente ao tema da não aplicação da proporcionalidade ao caso presente, entremostra, após a efetivação de três diligências, situação inusitada, porquanto, durante os exercícios de 2003, 2004 e 2005, o contribuinte só efetuou saída em mercadorias classificadas como “isentas/outras”, sem registrar nenhuma operação com mercadorias tributáveis pelo ICMS, enquanto nos exercícios de 2006 e 2007, a situação se inverteu, com todas as operações se referindo a mercadorias tributáveis, inexistindo saídas de mercadorias não tributáveis.

Ressalte-se, ainda, que ao se cotejar os resultados apurados na última diligência (fls. 1.190/1.191) com as planilhas elaboradas pelo autuante (fls. 53 a 74), verificam-se divergências mais graves, dentro de exercícios, como entradas de mercadorias tributadas em valor significativo, enquanto o livro Registro de Apuração do ICMS, apresentado para atender à última diligência, indica, para o mesmo exercício, somente a ocorrência de entradas de mercadorias na condição de “*operações sem crédito do imposto*”.

Vale frisar que o sujeito passivo, ao longo da ação fiscal, apresentou um comportamento de dificultar as apurações, só atendendo parcialmente às solicitações de apresentação de documentos que pudessem viabilizar a aplicação da proporcionalidade prevista na legislação, enquadrando-se, à luz do art. 142 do RPAF, na tipicidade de recusa da parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente dispunha, daí incidindo na presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Nesse quadro circunstancial, alternativa não resta do que a de se manter integralmente a infração 4, nos quantitativos originalmente apurados pelo autuante.

Em suma, entendendo se tratar o Recurso Voluntário de peça meramente procrastinatória, com todos os argumentos já devidamente analisados e apreciados na oportunidade do julgamento de 1ª Instância, cuja Decisão se afigura incensurável, posto que proferida em consonância com os ditames legais, de tudo resultando efetivamente comprovadas as infrações.

Registro ao final que, corretamente, a Decisão recorrida efetuou a devida retificação do percentual de multa aplicada à infração descrita no item 3 da peça inicial da autuação, para 60%, conforme previsão do art. 42, inciso II, alínea “f” da Lei nº 7.014/96.

Diante do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário, mantendo a Decisão de primeiro grau, pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

## RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração nº 087078.0005/08-4, lavrado contra MERCADINHO E PADARIA UNIPREÇO LTDA. (MERCADINHO UNIPREÇO), devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor total de R\$33.151,39, acrescido das multas de 60% sobre R\$1.665,35, 70% sobre R\$30.923,94 e 50% sobre R\$562,10, previstas nos incisos II, “f”, III e I, “b”, item 1, do art. 42, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no valor total de R\$14.724,83, prevista no inciso XII-A do artigo e lei acima citados, com os acréscimos moratórios na forma prevista pela Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de novembro de 2011.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALNEI SOUSA FREIRE – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS