

A. I. Nº - 269610.0065/11-6
AUTUADO - TURICAL – CERÂMICA TURIAÇU LTDA.
AUTUANTE - GILSON GILENO DE SÁ OLIVIEIRA
ORIGEM - INFAS ITABERABA
INTERNET 03.07.2012

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0181-05/12

EMENTA: ICMS. 1. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. DIFERIMENTO. BASE DE CÁLCULO DO VALOR. IMPOSTO RECOLHIDO A MENOS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Não comprovada a condição de proprietária da jazida na qual extraiu a argila, cujo imposto diferido se reclama, de forma a se abrigar da consulta feita à DITRI. Exigência subsistente. 2. LIVROS E DOCUMENTOS FISCAIS. RECOLHIMENTO A MENOS. EMPRESA DE PEQUENO PORTE / SIMBAHIA. Confirmada a alegação de defesa. Levantamento refeito. Item subsistente em parte. 3. CONTA “CAIXA”. SALDO CREDOR. PRESUNÇÃO LEGAL DE OMISSÃO DE OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIA TRIBUTÁVEL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Tal constatação indica que o sujeito passivo efetuou o pagamento com recursos não contabilizados, decorrentes de operações anteriormente realizadas e também não contabilizadas. Excluído valor creditado indevidamente. Item subsistente em parte. 4. DOCUMENTOS DE INFORMAÇÕES ECONÔMICO-FISCAIS. MULTA. **a)** Mercadoria entrada no estabelecimento e não informada na DME; **b)** DECLARAÇÃO DE DADOS INCORRETOS. Exigências não elididas pelo autuado. Itens subsistentes. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 30/09/2011, exige o débito, no valor de R\$ 43.412,59, inerente aos exercícios de 2006 e 2007, conforme documentos às fls. 8 a 298 dos autos, em razão das seguintes irregularidades:

- 1 Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 21.117,66, em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas. Recolhimento a menor do imposto diferido das aquisições de argila, conforme demonstrativo, que inclui a argila adquirida com nota fiscal e argila omitida, apurada através de levantamento quantitativo de estoques;
- 2 Recolheu a menor ICMS, no valor de R\$ 368,74, na condição de empresa de pequeno porte enquadrada no Regime SIMBAHIA;
- 3 Omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, calculando-se o imposto devido, no valor de R\$ 18.758,23, considerando-se a proporcionalidade de mercadorias tributadas, como sendo 100%, por contribuinte operar apenas com mercadorias tributadas;
- 4 Multa, no valor de R\$ 2.887,96, correspondente a 5% sobre as entradas no estabelecimento omitidas nas Informações Econômicas Fiscais apresentadas através de DME (Declaração do Movimento Econômico de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte);

5 Multa, no valor de R\$ 280,00, por ter declarado incorretamente dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME, conforme divergências apuradas entre a escrita e as informações econômico-fiscais, tanto nas saídas como nas entradas.

O autuado, às fls. 301 e 302 dos autos, apresenta, tempestivamente, sua defesa administrativa, na qual, em relação à primeira infração, aduz que houve equívoco do autuante, pois conforme consulta a DITRI e seu parecer de nº 035359/2006-1 (fls. 304/306) *“Se a jazida da qual é extraída a argila pertencer a própria empresa, não haverá incidência do ICMS sobre tal atividade, visto que não se configura aqui uma circulação de mercadoria que possa se caracterizar como fato gerador do imposto estadual”*. Assim, diante de tal consideração, o autuado solicita que seja esta infração considerada nula, já que o autuante fez a cobrança de omissão de entrada e falta de recolhimento deste imposto que não existe, como também por se tratar de matéria sob consulta a DITRI.

Quanto à segunda infração, diz que, após conferir as vendas apuradas pelo autuante, verificou os seguintes lançamentos errados:

1. Nota Fiscal nº 11282, de 18/05/07, foi lançada com o valor errado de R\$ 5.663,74, sendo correto R\$ 563,74;
2. Nota Fiscal nº 11412, de 13/06/07, lançada com o valor de R\$ 13.224,00, sendo correto R\$ 1.224,00.

Referente à terceira infração, após conferir o roteiro de caixa verificou as seguintes divergências:

1. o autuante deixou de lançar o extrato bancário;
2. lançou incorretamente o saldo de caixa;
3. lançou indevidamente a folha de pagamento no dia 05/01/06, pois a mesma foi paga em 31/12/05;
4. efetuou erroneamente as datas e pagamentos em seu roteiro de caixa, conforme demonstra.

Inerente à quarta infração, diz que o autuante se equivocou, pois, as notas fiscais em questão, não são “mercadorias”, e sim material de uso ou consumo, não cabendo a exigência, devendo ser considerada nula, pois o autuante já cobrou a multa por divergência entre a escrita e a DME na infração 5. Afirma, ainda, que as mesmas estão escrituradas no Registro de Entradas.

Diante de tais considerações, requer que seja declarada parcialmente improcedentes as exigências, do que anexa documentos, às fls. 304 a 326 dos autos, como prova de suas alegações.

O preposto fiscal que prestou a informação fiscal, às fls. 331 a 333 dos autos, em relação à primeira infração, aduz que, intimada a apresentar o documento de propriedade da jazida onde é extraída a argila, conforme intimação datada de 26/01/2012, a autuada não apresentou, motivo pelo qual mantém integralmente este item.

Quanto à segunda infração, o preposto informa que, de fato, houve o equívoco do autuante quanto os valores das Notas Fiscais nºs 11282 e 11412 e que, após a correção, remanesce o valor de R\$ 132,87, conforme demonstra.

Inerente à terceira infração, aduz que não procede a alegação da autuada de que o fiscal não lançou o extrato bancário, até porque o deficiente não produziu nem apresentou o livro Caixa com a escrituração do “extrato bancário”. Também não procede a alegação de que o saldo inicial de caixa foi lançado incorreto, uma vez que o autuante utilizou o saldo indicado na DME. Contudo, acata a alegação de que a data do lançamento da folha de pagamento de dezembro de 2005, no valor de R\$ 23.011,25, foi paga em 31/12/2005, do que, após a exclusão deste valor, indevidamente considerado na data de 05/01/06, remanesce o valor exigido de R\$ 11.341,03, com data de ocorrência de 31/12/2006, mantendo o valor exigido de R\$ 5.346,19, com data de ocorrência de 30/06/2007.

No tocante à quarta infração, informa que esta autuação foi efetuada levando-se em conta a divergência entre os valores totais das compras registradas no livro Registro de Entradas, comparado com o valor total das compras informadas na DME, e neste particular, não há de se

considerar se é mercadoria para comercialização ou material de uso e consumo, pois a divergência é pelo total, motivo pelo qual opina pela manutenção integral deste item.

Por fim, opina pela manutenção do Auto de Infração no valor de R\$ 41.105,71.

O autuado, ao tomar ciência da informação fiscal, apresenta nova manifestação, à fl. 341 dos autos, na qual diz que reitera os argumentos da defesa inicial. Em seguida, em relação à infração 1, diz anexar, à fl. 342, documento da propriedade da jazida. Quanto à infração 2, diz acatar os valores da informação fiscal e que estará solicitando a emissão de DAE para pagamento. Inerente à infração 3, afirma que seu livro caixa possui escrituração de todo movimento bancário e também de que comprova o saldo (inicial), devendo este item ser considerado nulo. No tocante à infração 4, assevera que realmente houve equívoco do autuante, pois já fora cobrada pela infração 5. Reitera que estas notas fiscais foram escrituradas, do que requer a nulidade deste item.

O preposto fiscal, à fl. 345 dos autos, afirma que, em relação à infração 1, o documento apresentado pela autuada trata-se de um “CONTRATO PARTICULAR DE COMPRA E VENDA” e não a escritura pública, documento qualificado como prova de propriedade. Assim, mantém os termos da informação fiscal. No tocante à infração 2, diz que a autuada acatou os valores constantes da informação fiscal e solicita a emissão do DAE para pagamento (fl. 346). Inerente às infrações 3 e 4, também diz manter os termos da informação fiscal. Às fls. 349 e 350 dos autos consta extrato do SIGAT (Sistema Integrado de Gestão da Administração Tributária) consignando o recolhimento da segunda infração.

VOTO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado para exigir o débito no total de R\$ 43.412,59, relativo a cinco irregularidades, tendo o autuado impugnado as quatro primeiras infrações e se silenciado quanto à quinta infração.

Quanto à primeira infração, a qual exige o recolhimento a menos de ICMS deferido nas aquisições de argila, no valor de R\$ 21.117,66, consoante demonstrativo à fl. 67 dos autos, o autuado não contesta os números apurados, contudo, em sua peça defensiva afirma que houve equívoco do fiscal autuante, pois conforme consulta à DITRI, parecer nº 035359/2006-1, “*Se a jazida da qual é extraída a argila pertencer a própria empresa, não haverá incidência do ICMS sobre tal atividade, visto que não se configura aqui uma circulação de mercadoria que possa se caracterizar como fato gerador do imposto estadual*”. Por sua vez, o preposto fiscal que prestou a informação fiscal, em razão da alegação de defesa, intimou a autuada, em 26/01/2012, para apresentar o documento de propriedade da jazida, conforme documento à fl. 335 dos autos, não tendo a defendant atendido à intimação. Posteriormente, em 16/03/2012, o sujeito passivo anexa aos autos nova manifestação, na qual apensa documento de Contrato Particular de Compra e Venda de uma área de 50 tarefas de terra, situada no município de Iaçu/BA, conforme documento à fl. 342 dos autos.

Da análise dessas peças processuais, entendo que a empresa autuada não comprovou a condição de proprietária da jazida na qual extraiu a argila, cujo imposto deferido se reclama, de forma a se abrigar da consulta feita à DITRI, cujo Parecer nº 4200/2006, à fl. 305 dos autos, acima citado, foi no sentido de que, se a jazida da qual é extraída a argila pertencer à própria empresa, não haverá incidência do ICMS sobre tal atividade, visto que não configuraria uma circulação de mercadoria que possa se caracterizar como fato gerador do imposto.

Logo, uma vez não comprovada a propriedade da jazida pela empresa autuada, haja vista não ser o “Contrato Particular de Compra e Venda” o instrumento legal para estabelecer a propriedade de um imóvel, mas, sim, a escritura pública da compra e venda do imóvel, quando devidamente registrada no cartório de bens e imóveis, não pode a mesma se abrigar sob o manto deste parecer. Sendo assim, subsiste a infração 1.

No tocante à segunda infração, na qual exige o ICMS recolhido a menos, na condição de Empresa de Pequeno Porte do SimBahia, no valor de R\$ 368,74, consoante demonstrativos às fls. 9 e 10 dos autos, foi confirmada a alegação defensiva de que as notas fiscais de nº 11282 e 11412 tiveram seus valores consignados errados no levantamento fiscal, tendo o preposto fiscal que realizou a informação fiscal refeito o levantamento e apurado o valor remanescente de R\$ 132,87 para esta infração, conforme demonstrativo à fl. 331 dos autos, cujo valor foi reconhecido pelo autuado. Assim, diante das provas materiais, subsiste em parte a infração 2, no valor de R\$ 132,87 (fl. 331).

Em relação à terceira infração, a qual exige o ICMS de R\$ 18.758,23, decorrente da constatação de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de saldo credor de caixa, sendo R\$ 13.412,04 relativo à data de ocorrência de 31/12/2006 e R\$ 5.346,19 à data de ocorrência de 05/06/2007, consoante documentos às fls. 71 a 128 dos autos, restou comprovada a alegação de defesa de que a folha de pagamento do mês de dezembro de 2005 foi paga em 31/12/2005 e não em 05/01/2006 como considerou o autuante em seu levantamento fiscal.

Assim, após exclusão do crédito de R\$ 23.011,25 do fluxo de caixa, relativo à folha de pagamento de dezembro/05, da base de cálculo da omissão de saídas no valor de R\$ 149.022,72 (fl. 109), detectada no exercício de 2006, apura-se uma omissão de saídas de R\$ 126.011,47, que a alíquota de 17% resulta o imposto de R\$ 21.421,95, do qual deduzido o crédito presumido de 8% previsto, à época, no art. 408-S do RICMS/BA, para os contribuinte enquadrados no SimBahia, correspondente ao valor de R\$ 10.080,92, resulta o ICMS devido de R\$ 11.341,03, conforme apurado na informação fiscal para o exercício de 2006, mantendo-se o valor exigido de R\$ 5.346,19 para a data de 30/06/2007.

Assim, por não restarem comprovadas as demais alegações defensivas de que o autuante deixou de considerar o extrato bancário e que lançou incorretamente o saldo de caixa, uma vez que o autuado foi intimado a apresentar o livro Caixa, de escrituração obrigatória, e não o fez, consoante documento à fl. 335 dos autos, nos termos do art. 142 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, a recusa de qualquer parte em comprovar fato controverso com elemento probatório de que necessariamente disponha, importa presunção de veracidade da afirmação da parte contrária.

Em consequência, subsiste em parte a infração 3, no valor de R\$ 16.687,22, sendo R\$ 11.341,03 com data de ocorrência de 31/12/2006 e R\$ 5.346,19, com data de ocorrência de 05/06/2007.

Inerente à quarta infração, a qual exige a multa de R\$ 2.887,96, correspondente a 5% do valor comercial das mercadorias entradas no estabelecimento, no exercício de 2006, não informada na DME, conforme demonstrado à fl. 12 e 133 dos autos, nos termos previstos no inciso XII-A do art. 42 da Lei nº 7.014/96, o autuado não elidiu a acusação fiscal, visto que, para se caracterizar o descumprimento da obrigação tributária acessória, ora sub judice, independe de se tratar de material de uso e consumo, alegação esta sequer comprovada, como também de que estas operações estejam escrituradas no Registro de Entrada, como afirma o autuado, mas, sim, a constatação de entradas no estabelecimento de mercadorias não informadas na DME, conforme restou comprovado. Exigência subsistente.

Por fim, no que diz respeito à quinta infração, a qual se exige a multa de R\$ 280,00 em razão da declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais apresentadas através da DME, tanto nas informações de saída como nas de entrada, inerentes aos exercícios de 2006 e 2007, do cotejo dos dados consignados às fls. 12, 133 e 135 dos autos, como também da cópia dos livros Registros de Entradas e de Saídas, às fls. 156 a 298 dos autos, observa-se que, no exercício de 2006, além das entradas divergentes, objeto da penalidade aplicada na quarta infração, verifica-se também que as saídas entre o livro fiscal e a DME apresentam-se díspares, pois no Registro de Saídas o total do período é de R\$ 1.108.255,10 enquanto na DME é de R\$ 1.128.255,10, acusando uma diferença de 20.000,00, a qual, por si só, já enseja a cobrança da multa, ora analisada, no referido exercício, conforme previsto no art. 42, XVIII, “c”, da Lei nº 7.014/96, independentemente da divergência ocorrida na entrada. Assim, diante de tal constatação, descabe a alegação de defesa de que o autuante já cobrou a multa por divergência entre a escrita e a DME na infração 5, eis que existe também divergência da saída.

Quanto à aplicação da multa no período de janeiro a junho de 2007, observa-se que a declaração incorreta de dados nas informações econômico-fiscais ocorre no que tange às entradas, haja vista que no livro Registro de Entradas consta o valor de R\$ 354.403,25, enquanto a DME registra o valor de R\$ 358.835,73 (fl. 136), ou seja, uma diferença de R\$ 4.432,48, o que ensejou a penalidade para o referido período. Assim, diante de tais considerações, subsiste a quinta infração.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$ 41.105,71, após redução da segunda infração para R\$ 132,87 (conforme fl. 331) e da terceira infração para R\$ 16.687,22 (exercício de 2006: R\$ 11.341,03), devendo-se homologar os valores já recolhidos.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **269610.0065/11-6**, lavrado contra **TURICAL – CERÂMICA TURIAÇU LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$37.937,75**, acrescido das multas de 50% sobre R\$132,87; 60% sobre R\$21.117,66 e 70% sobre R\$16.687,22, previstas no art. 42, incisos I, “b”; II, “a” e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além das multas por descumprimento de obrigação acessória no montante de **R\$3.167,96**, previstas nos incisos XII-A e XVIII, “c”, do mesmo dispositivo legal, com os acréscimos moratórios conforme previsto na Lei nº 9.837/05, devendo ser homologados os valores já recolhidos.

Sala de Sessões do CONSEF, 19 de junho de 2012.

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

ILDEMAR JOSÉ LANDIN – JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR