

A. I. Nº - 232134.0026/10-6
AUTUADO - HIPER COMERCIAL DE FRUTAS E VERDURAS LTDA.
AUTUANTE - FERNANDO QUEIROZ MOTA FILHO
ORIGEM - INFRAZ ITABERABA
INTERNET - 01/10/2013

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0210-04/13

EMENTA: ICMS. 1. SIMPLES NACIONAL. ERRO NA DETERMINAÇÃO DAS RECEITAS MENSAIS E DAS ALIQUOTAS APLICÁVEIS. **a)** RECEITA TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. Infração mantida. **b)** FALTA DE RECOLHIMENTO. Comprovada a omissão da receita, cujo imposto foi exigido mediante o tratamento diferenciado dispensado às microempresas e empresas de pequeno porte, optantes pelo Regime Especial Unificado de Recolhimento de Tributos e Contribuições – SIMPLES NACIONAL, após ajustes procedidos pelo Fisco. Infração não elidida. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO DAS ENTRADAS DE MERCADORIAS. O autuante lança o ICMS por conta da presunção da omissão de saídas tributáveis pela omissão de entrada de mercadorias, apuradas pelo cotejo entre as notas fiscais obtidas juntas aos fornecedores, e as entradas que foram declaradas nos livros fiscais e na declaração DASN. Infração não elidida. Não acolhida às argüições de nulidade. Infração procedente em parte, com a exclusão de notas fiscais cujas cópias não estão nos autos. Decretada, de ofício, a redução da multa de 150% para 75%. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 25/09/2012, exige ICMS no valor total de R\$19.834,16, através da seguinte infração:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de considerar receita tributável como não tributável (imunidade, isenção ou valor fixo). Valor Histórico: R\$10.473,56 – Multa de 75%;
2. Deixou de recolher o ICMS referente ao Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições, devido pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - Simples Nacional. Valor Histórico: R\$843,95 – Multa de 75%;
3. Omissão de saída de mercadoria tributada, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entrada, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas. Valor Histórico: R\$8.516,65 – Multa de 150%;

O autuado apresenta defesa, fls. 373/386, inicialmente, o representante legal descreveu as imputações lavradas contra a empresa que reconhece a infração 2 em sua totalidade, e impugna as infrações 1 e 3.

Explica que o dever jurídico de pagar um tributo nasce quando um acontecimento do mundo social realiza a hipótese figurada na norma jurídica que a descreve que tem formulação a partir da regra matriz de outorga de competência veiculada pela Constituição conforme dispõe o art.

150, II. Aduz a necessidade de identificar a hipótese figurada, ou a figura do tipo tributável. Para tanto, há uma técnica que consiste na dissecação dessa norma para identificar nela os elementos constitutivos aos quais deverão corresponder todas as características do acontecimento do mundo social a que se quer atribuir à força de fazer nascer o dever jurídico de pagar o tributo. Esses elementos são quatro: o PESSOAL, que indica as pessoas envolvidas no acontecimento (sujeito ativo e sujeito passivo); o MATERIAL, que revela a matéria (coisa ou pessoa) tributável, bem como a mensuração dessa matéria (base de cálculo) e o referencial de quantificação do tributo (alíquota); o ESPACIAL, que descreve a área onde o acontecimento ocorrerá; o TEMPORAL, que determina o momento em que a caracterização desse tipo se completará.

Afirma que é impossível nascer o dever jurídico de pagar um imposto sem que esses elementos tenham se verificado, tanto que o Código Tributário Nacional, no seu artigo 142, impõe à Administração que assim proceda, isto é, examine a luz da lei do tempo de ocorrência do fato, todos os elementos que o tipificam, assim, presidem o procedimento administrativo os princípios da legalidade e da tipicidade cerrada, este último configurado no conteúdo material da norma legal, por isso, Alberto Xavier, arrimada em BUHLER, lembra que a Administração Fiscal não deve ter em mão cláusulas gerais para a exigência de impostos, ante as circunstâncias de fato de que depende o Tributo, devem estar fixadas o mais rigorosamente possível numa formulação legal (CF “Os princípios da legalidade e da tipicidade de tributação”, pg. 61).

Ressalta que esses elementos se verificam que a Constituição autoriza o Estado Federado (sujeito ativo) a exigir de alguém, que realize operações de Circulação de Mercadorias, uma prestação pecuniária. Obviamente, esse alguém (sujeito passivo), somente estará no dever de cumprir essa prestação se, efetivamente, realizar a dita operação.

Sustenta que a Lei Integrativa da Norma Constitucional é materialmente a Lei Complementar nº 87/1996. Pontua que no presente caso, o fisco não procedeu a uma investigação profunda e exaustiva de todos os casos, para avaliação do ato do lançamento. Desta forma, diz demonstrar que não são totalmente verossímeis os fatos elencados pelo Fiscal Autuante no Auto de Infração em questão.

Pede pela improcedência parcial do Auto de Infração devido ao reconhecimento, também, parcial da autuação.

No caso da infração 1, diz que essa imputação se confunde com à infração 2, totalmente reconhecida, sendo que a metodologia empregada na apuração do ICMS já se encontra embutida mercadorias isentas e com imunidade tributária em todo o período do regime simplificado do ICMS então apurado e recolhido logo a infração 2 o que absorve a infração 1 e que fica, de logo, impugnada na sua totalidade.

Declara que a autuação é improcedente devido à ausência de prova material das infrações atribuídas pelo contribuinte e explica que a fundamentação da infração 3, consiste, por presunção do autuante, de que o entraram no estabelecimento do autuado mercadorias de diversas empresas sem o devido registro na escrita fiscal. Salienta que a partir daí todas as notas fiscais presumidas adquiridas resultam na omissão de saídas de mercadorias tributáveis confrontadas com a escrituração do livro Registro de Entradas, sem, contudo, ter informado o autuado os meios que foram coletadas, pois não foram no estabelecimento do alegado. Requer, portanto, encaminhamento à INFIP, no sentido de diligenciar junto ao referido fornecedor para comprovar a suposta transação mercantil com o estabelecimento autuado relativo às notas fiscais, objeto da autuação, a exemplo de cópia do pedido; comprovante de pagamentos (cópia de cheques ou boletos); comprovante de entrega das mercadorias (fotocópia do canhoto); comprovante da entrega da mercadoria (conhecimento de transporte rodoviário). Esclarece que pediu esclarecimento a todas as empresas, e em não comprovando as transações comerciais ingressará com a queixa crime considerando que efetivamente não adquiriu as mercadorias que deram origem a infração, ora impugnada.

Registra que existe uma mera suspeita e que contribuintes do seguimento tem usado o expediente de vender a não contribuinte sem emissão de nota fiscal em seguida desova o seu estoque aleatoriamente em nome de contribuintes inscritos na Bahia, o que certamente é o caso. Portanto, impõe-se diligencia da INFIP junto a todos os Fornecedores, objeto do presente lançamento. Até porque, sequer existe prova de circulação das citadas mercadorias. O que por si só põe termo à discussão.

Ademais, o Colendo Conselho não tem amparado autuações, como à presente quando não fazem prova da imputação, ou seja, da efetiva entrada da mercadoria no estabelecimento acusado. E no presente caso o lançamento é fundamentado meramente em notas coletadas no estabelecimento do fornecedor.

Com relação às empresas estabelecidas na Bahia nega tenha comprado as mercadorias, as quais foram objeto da impugnação, portanto, o que também deve ser investigado pela INFIP considerando a suspeita, mera suspeita, da existência de atacadistas habilitados ao Decreto nº 7799/00 vendendo a não contribuintes sem emissão de nota fiscal seguido do procedimento de regularizar o estoque utilizando a inscrição de outros contribuintes. Ainda, esclarece que é de práticas que todas as operações comerciais, são pagas com cheques ou boletos bem como, são assinados os canhotos das notas fiscais de compras adquiridas pelo autuado.

Chama a atenção ao colendo do Conselho de Fazenda que o fisco não acostou ao processo os respectivos canhotos das notas fiscais com a assinatura do representante ou preposto do autuado recebendo efetivamente as mercadorias, objeto do Auto de Infração e, que, não restou comprovada a entrada efetiva em seu estabelecimento das mercadorias objeto do Auto de Infração, sendo assim, não se pode exigir o pagamento do Auto de Infração em questão sem a prova efetiva da entrega das mercadorias à empresa autuada.

Defende que o autuado só possui um único meio de provar que as mercadorias não entraram em seu estabelecimento, que é pela não escrituração na escrita fiscal. No entanto, o fisco tem ampla possibilidade de comprovar a consistência de tal fato como, por exemplo, auditando os estabelecimentos que supostamente venderam ao autuado as ditas mercadorias, investigando se houve algum pedido, se houve algum pagamento, se foram devolvidas, pois ressalta que a lei tributária não faz distinção, não havendo preterição de qualquer uma das partes, devendo triunfar sempre a verdade material e formal dos fatos. Cabe, então, à administração fazendária o ônus da prova no ilícito tributário. Afirma que, com efeito, o ônus da prova, no curso do processo administrativo fiscal é da Fazenda Pública, e não do recorrente, como pretende afirmar o fisco estadual. Cita lição de Hugo de Brito Machado (Curso de Direito Tributário, 27ª ed. Malheiros: São Paulo, 2006. P. 459), entendimento de James Martins (Direito Processual Tributário Brasileiro, 4ª ed. Dialética: São Paulo, 2005. P. 177), posicionamento do mesmo jurista sobre verdade material (Direito Processual Tributário Brasileiro, 4ª. ed. Dialética: São Paulo, 2005. P. 179, 182, 183 e 195). Reproduz o art. 333 do CPC (ônus da prova).

Lembra que o art. 37, *caput*, da CF/88 dispõe que a Administração Pública obedecerá, entre outros, ao princípio da moralidade, que ficou estremecido com a lavratura do presente Auto de Infração.

Expressa entendimento que o caput do art. 37, da CF/88, constitui princípio constitucional geral do subsistema constitucional da administração pública, orientando e delimitando a atuação estatal no exercício da função administrativa. Também qualquer ato da administração deve se curvar aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, atrelados ao princípio da legalidade, princípios basilares do ato administrativo, visto que um ato só é legítimo se for razoável, se for proporcional.

Impugna, também, quanto à multa aplicada na infração 3 (150%), visto que a hipótese da infração não se trata de sonegação fiscal até porque as alegações do autuado em não ter adquirido as mercadorias e que não restou comprovada a omissão de entrada aqui apontada, o autuado não incorreu na prática de sonegação de imposto e se não for possível apurar o montante real da base

de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes: “*I- falta de apresentação ao fisco, dos livros fiscais ou da contabilidade geral, ou sua apresentação sem que esteja devidamente escriturado, bem como dos documentos necessários a comprovação de registro ou levantamento em livro fiscal ou contábil, inclusive sob alegação de perda, extravio, desaparecimento, ou sinistro dos mesmos; II - A autuada apresentou todos os livros, documentos e demais papéis integrantes de sua escrita fiscal e contábil, possibilitando, desta forma, a verificação normal de seu movimento econômico pelo fisco, não se enquadrando, portanto, em nenhuma das hipóteses possíveis de sofrer a imposição da multa elevada*”.

Pede pela Procedência Parcial do Auto de Infração.

O autuante presta informação fiscal, fls. 392/394, logo, explica que o autuado por livre e espontânea vontade optou em apurar o ICMS na forma do Simples Nacional, portanto deve se submeter às normas contidas na Lei Complementar nº 123/2006 e nas resoluções estabelecidas pelo Comitê gestor do Simples Nacional.

Ressalta que o artigo 18 da LC 123/2006 estabelece que *na forma de apuração do ICMS/Simples Nacional toda a receita bruta é tributada, com exceção apenas para as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária ou antecipação tributária com encerramento de tributação*.

Em relação ao item 2 do tópico anterior, esclarece que o autuado comercializa somente hortifrutigranjeiros, ou seja, mercadorias que não fazem parte da exceção descrita anteriormente, razão pela qual deve oferecer a tributação do ICMS/Simples Nacional toda a receita decorrente de sua revenda.

Quanto ao item 3, destaca que em todas as cópias das notas fiscais acostadas ao PAF, há o preenchimento do canhoto confirmado o recebimento das mercadorias pelo autuado, vide folhas: 18, 19, 20, 88, 89, 90, 91, 92, aliás, nas fls. 94, 95, 96 e 97 é o próprio sócio gerente, Sr. Givaldo de Araújo Oliveira, quem confirma o recebimento das mercadorias. As exceções ocorrem apenas com as Notas Fiscais Eletrônicas (NFe). No entanto, é uma prática comercial a empresa fornecedora das mercadorias encaminhar um e-mail de forma automática toda vez que fatura algum produto para o seu cliente, e neste caso não é uma exceção, vide fl. 360 deste PAF na qual consta a cópia do e-mail encaminhado para mim pelo Sr. Luciano F Aguiar, funcionário do setor fiscal da empresa fornecedora, a saber: “*Sr. Fernando, boa tarde! Pedi minha colega para começar a enviar as notas fiscais eletrônicas que já temos no sistema. Amanhã, conforme informei no e-mail hoje cedo, começaremos as que não são eletrônicas (antes de 12/2010) OBSERVAÇÃO: Como o XML já está com o endereço eletrônico do cliente gravado, mesmo a gente tirando na hora do envio, o sistema envia uma cópia para o cliente também. Estamos enviado com cópia para nós também para termos certeza que está dando certo o envio dos arquivos*”. (Fiscal Luciano Ferreira Aguiar - LAVOURA E PECUÁRIA IGARASHI LTDA. Tel. (77) 3413-5004. E-mail: fiscal.ba@igarashi.com.br).

Portanto, afirma que está claro neste e-mail que a autuada recebeu durante todo esse tempo (desde 12/2010) a NFe por e-mail para posteriormente receber a mercadoria acompanhada pelo DANFE (Documento Auxiliar da Nota Fiscal Eletrônica). Ressalte-se que não apresentou em sua defesa qualquer documento (uma queixa crime, um pedido de desculpas formal juntamente com cópias de documentos fiscais anulando a operação por parte do fornecedor, etc.) que robustecesse as suas alegações.

Em relação o percentual da multa aplicada está em conformidade com o disposto no artigo 35 da LC 123/2006, *in verbis*: “*Art. 35. Aplicam-se aos impostos e contribuições devidos pela microempresa e pela empresa de pequeno porte, inscritas no Simples Nacional, as normas relativas aos juros e multa de mora e de ofício previstas para o imposto de renda, inclusive, quando for o caso, em relação ao ICMS e ao ISS.*”

Por fim, requer a Procedência total do Processo Administrativo Fiscal.

Nas fls. 397/399, constam extratos de pagamento e detalhamento do SIGAT referente ao reconhecimento da infração 2.

Nas fls. 401/402, a Junta Julgadora (4^a JJF), em Pauta Suplementar de 23/04/2013, converteu o PAF em diligência à INFRAZ de origem solicitando ao autuante, na infração 3, que: “*1) retire do demonstrativo da infração citada as notas fiscais que não tem cópia nos autos; 2) elabore novo demonstrativo da infração, considerando apenas as notas fiscais que possuem a certificação de que as mercadorias foram entregues ao autuado, tais como dados do transportador, assinatura de recebimento; 3) por se tratar de notas fiscais capturadas por meio de terceiros, pediu a obtenção junto aos emitentes das notas fiscais, obtidas por meio do SINTEGRA, e que fazem parte do demonstrativo de fls. 17 a 87, outros elementos que comprovem as aquisições das mercadorias pelo autuado, tais como: 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 por parte do fornecedor dos valores referentes às vendas realizadas através das notas fiscais objeto do Auto de Infração em lide (boletos bancários, duplicatas, transferências bancárias etc); d) cópias de conhecimentos de transporte; e) quaisquer outros elementos que demonstrem a compra das mercadorias*”. Após o recebimento desses elementos de prova, pede-se a elaboração de novos demonstrativos, científicação e reabertura de prazo em 30 (trinta) dias ao contribuinte para manifestação, caso não haja a possibilidade de obtenção das provas, pede-se que seja consideradas apenas as notas fiscais, cujos recebimentos estejam efetivamente comprovados o ingresso no estabelecimento do autuado. Na infração 2, pede que, com base no demonstrativo da infração 3, que seja reajusta o débito desta infração, com elaboração de novos demonstrativos. Após o cumprimento do solicitado, pede-se, a inspetoria: “*a) entregar ao autuado, mediante recibo, a se juntado aos autos por força da presente diligência e de cópia desse pedido, reabrindo o prazo defensivo já citado para que o autuado possa se manifestar; b) caso haja manifestação, encaminhar ao autuante para produção de nova informação fiscal, ao concluir, retornar o PAF ao CONSEF para a conclusão da instrução processual*”.

Em cumprimento à diligência solicitada, fls. 405/406, o autuante, informa que foram retirados do demonstrativo da infração 3 todas as notas fiscais que não tinham cópia nos autos o que implicou na elaboração de novos demonstrativos, fls. 407 a 414.

Destacou que os caminhões de placa: NTU4124 e IAO5853 estão cadastrados no sistema gerenciador de IPVA da SEFAZ como veículos de propriedade da empresa Hiper Comercial de Frutas e Verduras Ltda (extratos do sistema, fls. 415 a 420), e são esses caminhões que estão registrados nos documentos fiscais que acobertaram as operações de venda das mercadorias para este estabelecimento comercial, ou seja, foram os veículos desta empresa que realizaram o transporte das mercadorias.

Ressaltou, também, que os motoristas que constam nos documentos fiscais, ou seja: Sr. Aelson Bastos Queiroz, CPF 001.935.525-40, Sr. Romildo Santos Machado, CPF 023.213.588-66, Sr. Marcio Cardoso Gomes, CPF 921.925.485-91, e outros, constam como empregados deste contribuinte, comprovando o forte vínculo do transportador com o destinatário dos produtos adquiridos, conforme cópia da RAIS e da listagem de funcionários emitida pelo escritório de contabilidade, fls. 432 a 448.

Esclarece, ainda, que todas as notas fiscais que constam nos autos estão registradas no relatório de Contas Recebidas do fornecedor Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda, fls. 421 a 431. Aliás, somente no período de 01/01/2010 a 31/12/2011 este contribuinte pagou a esse fornecedor a quantia de R\$ 944.822,45 (novecentos e quarenta e quatro mil, oitocentos e vinte e dois reais e quarenta e cinco centavos) referentes às compras de mercadorias, cujos pagamentos estão discriminados por nota fiscal (vide final do relatório de Contas Recebidas, fl. 431), ou seja, as mercadorias adquiridas que constam em todas as notas arroladas nos autos foram pagas por esta empresa ao fornecedor Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda.

Enfim, toda essa documentação comprova que efetivamente este contribuinte adquiriu as mercadorias discriminadas nas notas fiscais que constam nos autos.

Em nova manifestação o contribuinte/representante legal, fls. 452/453, afirma que mantém todos os termos da impugnação e, em relação a resultado da diligência, aponta que o autuante não se limitou às mercadorias transportadas por veículo do autuado e não excluiu dos demonstrativos as demais, com base no que o próprio autuante informa.

Diz que para o fisco, atender a diligência da Relatora traz em suas informações que conseguiu através da própria SEFAZ a existência de três veículos caminhões de placa: NTU-4124 e IAO5853, os quais transportam só e somente só mercadorias adquiridas pelo autuado, pois nenhum outro veículo a autuada utilizou durante o ano da autuação para transportes de mercadorias adquiridas.

Afirma que verificou, nos autos, que diversas notas fiscais não foram transportadas por veículo do autuado a exemplo dos veículos de placas, fls. 221 a 242, JHM7904, fls. 304 a 346, NTU-4124, fls. 347 A 350, HZS-6379 fls. 88 a 93, sendo o demonstrativo elaborado pelo ilustre autuante não exclui as notas fiscais, que constam nas notas fiscais à identificação do veículo transportador, bem como não atende na sua plenitude o relatório de contas recebidas, pois a diligência está bastante explicativa quanto ao roteiro de como deve ser procedido.

Ressalta que a diligência realizada pelo autuante não foi procedida como o determinado pela relatora, pois a sua conclusão não está em conformidade com todos os itens constantes as fls. 401 e 402 da 4ª JJF/CONSEF. Portanto, a autuada reconhece a aquisição de todas as mercadorias que constam como veículo transportador, às notas fiscais que constam as placas dos veículos de sua propriedade, ou seja, único elemento que atende ao parecer da diligência solicitada pela RELATORA, ou seja, os veículos de placa NTU4124 e IAO5853.

Diante desta impugnação do memorial de cálculos e com base no que determina o parecer da relatora, requer a este Egrégio Conselho de Fazenda, que seja determinado o retorno do PAF a inspetoria de origem para que um agente fiscal estranho ao feito elabore novo demonstrativo fiscal para consignar no demonstrativo, apenas as notas fiscais que constam as placas dos veículos de propriedade do autuado e após a nova diligência, que seja oportunizado à autora nova manifestação.

Na segunda manifestação fiscal, fls. 457/458, o autuante frisa que a empresa autuada reconhece a aquisição de todas as mercadorias que foram transportadas em veículos pertencentes à própria empresa, ou seja, veículos de placa NTU4124 e IAO5853. Restou o reconhecimento apenas das mercadorias adquiridas através das notas fiscais cujas cópias estão anexadas às fls: 221 a 226, transportador Aelson Bastos Queiroz, CPF 001.935.525-40; 227 a 240 e 242, transportador Márcio Cardoso Gomes, CPF 921.925.485-91242.

Destaca, ainda, que o Sr. Aelson Bastos Queiroz e o Sr. Márcio Cardoso Gomes foram empregados deste contribuinte, conforme consta na Relação Anual de Informações Sociais do estabelecimento (RAIS), fl. 434 e na listagem dos funcionários emitida pelo escritório contábil do contribuinte, fl. 439. Portanto, tal documentação comprova um forte vínculo entre os transportadores e o autuado, o qual efetivamente comprou os produtos constantes nos documentos fiscais descritos anteriormente.

Quanto às notas fiscais de compras cujas cópias estão agregadas a este PAF, fls. 304 a 346, e que o autuado afirma categoricamente que não adquiriu tais mercadorias, exigindo inclusive que sejam retiradas dos demonstrativos. Destaca, novamente, que todas, efetivamente, todas essas notas estão registradas nos livros de Registro de Entradas de Mercadorias do autuado, vide fls. 55 a 67 e 140 a 150 deste PAF. Portanto, é inquestionável que essas mercadorias efetivamente adentraram no estabelecimento comercial desta empresa. Ainda em relação às notas anexadas (fls. 304 a 346), ressaltou que constam apenas como anexo para robustecer os registros contidos nos LRE's constante nos autos.

Outro dado importantíssimo para elucidar os fatos é a cópia do relatório de Contas Recebidas do fornecedor, fls. 421 a 431, descreve todas as notas fiscais arroladas neste PAF do exercício 2010 e 2011, discriminando entre outras informações, o número da nota fiscal, data da emissão, data do vencimento, valor da nota, valor recebido, forma de cobrança (se foi em carteira ou o nome do banco), etc.

Pelo exposto, requer a Procedência Parcial do referido Processo Administrativo Fiscal, considerando as retificações realizadas em atendimento a relatora deste PAF.

Na terceira e última manifestação do autuado, fls. 466/467, este inicialmente, reitera as razões defensivas e, percebe que o autuante apresenta uma segunda informação, sem, contudo ter sido o PAF retornado para o CONSEF, já que o autuado já havia apresentado a sua manifestação, portanto devemos observar o rito do processo administrativo para evitar réplicas e tréplicas simultâneas e antes de retornar para o relator, fato este que prejudica a instrução processual administrativa.

Acrescenta que primeira manifestação apresentada pelo autuado que esperava o retorno do PAF para a relatora e, por sua vez, devolvesse o mesmo para o autuante elaborar novos cálculos, ocorre que diante das confusas informações é desnecessário o retorno dos autos para elaboração de novos demonstrativos em face da improcedência total da infração.

Em relação aos condutores dos veículos, pelo simples fato dos motoristas estarem identificados na RAIS como transportadores, não significa dizer que as mercadorias tiveram como destino a autuada, posto que outros meios existem para que se busque a verdade material. Portanto, as informações prestadas pelo autuante são imprestáveis para lastrear as infrações aqui impugnadas, logo espera e requer que este Egrégio Conselho julgue o Auto de Infração totalmente improcedente.

VOTO

Inicialmente constato que o Auto de Infração obedeceu em sua lavratura aos ditames do art. 39 do RPAF/99, está apto a surtir seus efeitos jurídicos e legais.

Ademais, faz-se acompanhar de demonstrativos elaborados pelo fiscal autuante, e das provas necessárias à demonstração e à elucidação dos fatos narrados e detectados na ação fiscal. Foi obedecido o princípio da ampla defesa e do contraditório, na medida em que o sujeito passivo participou efetivamente de toda a instrução processual, houve a realização de diligências, quando lhe foram entregues cópias de todos os termos e documentos indispensáveis ao esclarecimento da acusação fiscal.

Outrossim, esta JJF não tem competência para afastar a aplicabilidade da legislação tributária estadual, nos termos do art. 167, II do RPAF/99.

No presente lançamento foram obedecidos todos os princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, sem prejuízo de outros princípios de direito, conforme o disposto no art. 2º do RPAF/BA.

Trata-se de Auto de Infração no qual está sendo exigido ICMS de empresa inscrita no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições devidos pelas Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – Simples Nacional, em decorrência da constatação de três infrações, a primeira, pela falta de recolhimento do ICMS por ter considerado receita tributável como não tributável. A segunda por ter recolhido a menos ICMS, devido a erro na informação da receita e/ou alíquota a menor tudo, e a última em decorrência de omissão de saídas de mercadorias tributadas, presumida por meio de apuração através das notas fiscais de entradas, confrontado com a escrituração do livro Registro de Entradas.

Os demonstrativos estão acostados nas fls. do PAF.

A opção pelo Simples Nacional por parte do contribuinte implica na aceitação de um Regime Especial Unificado de Arrecadação, conforme previsto nos artigos 12 e 13 da Lei Complementar

nº 123/06, cuja forma de arrecadação é a prevista no seu art. 18 e §§, cujo pressuposto básico é a “receita bruta”, quer para determinação da alíquota aplicável, como para a determinação da base de cálculo. Assim sendo, o valor do imposto calculado pelo Simples Nacional não perquire cada saída específica, mas um montante que servirá para o cálculo dos diversos tributos e contribuições envolvidos.

O sujeito passivo, de imediato reconhece a infração 2.

Quanto á infração 1, o artigo 18 da LC 123/2006 estabelece que *na forma de apuração do ICMS/Simples Nacional toda a receita bruta é tributada, com exceção apenas para as receitas decorrentes da venda de mercadorias sujeitas a substituição tributária ou antecipação tributária com encerramento de tributação.*

A sociedade empresária comercializa somente hortifrutigranjeiros, ou seja, mercadorias que não fazem parte da exceção descrita anteriormente, razão pela qual deve oferecer a tributação do ICMS/Simples Nacional toda a receita decorrente de sua revenda.

A Receita Bruta (RB) resulta no produto da venda de bens e serviços nas operações de conta própria, o preço dos serviços prestados e o resultado nas operações em conta alheia, excluídas as vendas canceladas e os descontos incondicionais concedidos. A base de cálculo para a determinação do valor devido, mensalmente pela ME ou EPP, optante pelo Simples Nacional será a receita bruta total mensal auferida (Regime de Competência) ou recebida (Regime de Caixa), conforme opção feita pelo contribuinte.

Deste modo, todas as demais receitas inclusive as resultantes das vendas de produtos hortifrutigranjeiros devem fazer parte da base de cálculo do imposto, compondo a Receita Bruta.

Fica mantida a infração em sua totalidade.

Com relação à infração 3, a empresa optante pelo Simples Nacional deverá adotar o livro Registro de Entradas, modelo 1 ou 1-A, destinado á escrituração dos documentos fiscais relativos às entradas de mercadorias ou bens e às aquisições de serviços de transporte e de comunicação efetuadas a qualquer título pelo estabelecimento, quando contribuinte do ICMS (Art. 61, III, da Resolução CGSN nº 94 de 29/11/2011).

Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte, optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receitas existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional. Deste modo foi apurada a omissão de saída de mercadoria tributada, prevista no art. 4º § 4º da Lei nº 7.014/96, por não ter registrado notas fiscais de aquisições de mercadorias, que foram inclusive confrontadas com o livro Registro de Entradas, livro obrigatório para o optante pelo Simples Nacional, conforme adrede mencionado.

O contribuinte nega que tenha adquirido tais mercadorias, motivo da realização de diligência, proposta por esta 4ª JJF, que resultou na seguinte conclusão, por parte do auditor fiscal autuante:

“Em cumprimento à diligência solicitada, fls. 405/406, o autuante, informa que foram retirados do demonstrativo da infração 3 todas as notas fiscais que não tinham cópia nos autos o que implicou na elaboração de novos demonstrativos, fls. 407 a 414.

Destacou que os caminhões de placa: NTU4124 e IAO5853 estão cadastrados no sistema gerenciador de IPVA da SEFAZ como veículos de propriedade da empresa Hiper Comercial de Frutas e Verduras Ltda (extratos do sistema, fls. 415 a 420), e são esses caminhões que estão registrados nos documentos fiscais que acobertaram as operações de venda das mercadorias para este estabelecimento comercial, ou seja, foram os veículos desta empresa que realizaram o transporte das mercadorias.

Ressaltou, também, que os motoristas que constam nos documentos fiscais, ou seja: Sr. Aelson Bastos Queiroz, CPF 001.935.525-40, Sr. Romildo Santos Machado, CPF 023.213.588-66, Sr. Marcio Cardoso Gomes, CPF 921.925.485-91, e outros, constam como empregados deste contribuinte, comprovando o forte vínculo do transportador com o destinatário dos produtos adquiridos, conforme cópia da RAIS e da listagem de funcionários emitida pelo escritório de contabilidade, fls. 432 a 448.

Esclarece, ainda, que todas as notas fiscais que constam nos autos estão registradas no relatório de Contas Recebidas do fornecedor Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda, fls. 421 a 431. Aliás, somente no período de

01/01/2010 a 31/12/2011 este contribuinte pagou a esse fornecedor a quantia de R\$ 944.822,45 (novecentos e quarenta e quatro mil, oitocentos e vinte e dois reais e quarenta e cinco centavos) referentes às compras de mercadorias, cujos pagamentos estão discriminados por nota fiscal (vide final do relatório de Contas Recebidas, fl. 431), ou seja, as mercadorias adquiridas que constam em todas as notas arroladas nos autos foram pagas por esta empresa ao fornecedor Lavoura e Pecuária Igarashi Ltda.

Enfim, toda essa documentação comprova que efetivamente este contribuinte adquiriu as mercadorias discriminadas nas notas fiscais que constam nos autos.”

Diante da inconformação do sujeito passivo, diante do resultado da diligência, quando apenas reconhece as aquisições de todas as mercadorias que constam como veículo transportador às notas fiscais em que constam as placas dos veículos de sua propriedade, ou seja, veículos de placas NTU4124 e IAO5853, o autuante ao apreciar as suas razões expõe:

Na segunda manifestação fiscal, fls. 457/458, o autuante frisa que a empresa autuada reconhece a aquisição de todas as mercadorias que foram transportadas em veículos pertencentes à própria empresa, ou seja, veículos de placa NTU4124 e IAO5853. Restou o reconhecimento apenas das mercadorias adquiridas através das notas fiscais cujas cópias estão anexadas às fls: 221 a 226, transportador Aelson Bastos Queiroz, CPF 001.935.525-40; 227 a 240 e 242, transportador Márcio Cardoso Gomes, CPF 921.925.485-91242.

Destaca, ainda, que o Sr. Aelson Bastos Queiroz e o Sr. Márcio Cardoso Gomes foram empregados deste contribuinte, conforme consta na Relação Anual de Informações Sociais do estabelecimento (RAIS), fl. 434 e na listagem dos funcionários emitida pelo escritório contábil do contribuinte, fl. 439. Portanto, tal documentação comprova um forte vínculo entre os transportadores e o autuado, o qual efetivamente comprou os produtos constantes nos documentos fiscais descritos anteriormente.

Quanto às notas fiscais de compras cujas cópias estão agregadas a este PAF, fls. 304 a 346, e que o autuado afirma categoricamente que não adquiriu tais mercadorias, exigindo inclusive que sejam retiradas dos demonstrativos. Destaca, novamente, que todas, efetivamente, todas essas notas estão registradas nos livros de Registro de Entradas de Mercadorias do autuado, vide fls. 55 a 67 e 140 a 150 deste PAF. Portanto, é inquestionável que essas mercadorias efetivamente adentraram no estabelecimento comercial desta empresa. Ainda em relação às notas anexadas (fls. 304 a 346), ressaltou que constam apenas como anexo para robustecer os registros contidos nos LRE's constante nos autos.

Outro dado importantíssimo para elucidar os fatos é a cópia do relatório de Contas Recebidas do fornecedor, fls. 421 a 431, descreve todas as notas fiscais arroladas neste PAF do exercício 2010 e 2011, discriminando entre outras informações, o número da nota fiscal, data da emissão, data do vencimento, valor da nota, valor recebido, forma de cobrança (se foi em carteira ou o nome do banco), etc.

Constatou que o sujeito passivo não provou que não houve a ocorrência dos fatos geradores. Por se tratar de presunção legal, o ônus da prova é invertido, ou seja, cabe ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos que fundamentam a acusação fiscal. Não foram trazidas provas materiais capazes de desconstituir a presunção *juris tantum* de que o contribuinte excluiu da tributação receitas de vendas anteriores de mercadorias tributáveis.

Diante de toda essa fundamentação, acompanho o resultado da diligência no sentido de que devem ser exigidos os valores constantes no demonstrativo de fls. 407 a 414 do PAF, com valor de R\$1.541,25, abaixo transcrito:

MÊS/ANO	VLR. LANÇADO	VLR. JULGADO-JJF
FEV/2009	24,59	24,59
MAR/2009	26,44	0,00
ABR/2009	15,00	15,00
MAI/2009	35,02	35,02
AGO/2009	264,46	154,07
NOV/2009	143,03	0,00
DEZ/2009	301,80	0,00
JAN/2010	192,59	192,59
MAR/2010	325,76	137,40
ABR/2010	313,78	313,78
MAI/2010	169,10	0,00
JUL/2010	123,30	0,00
AGO/2010	156,18	62,62
SET/2010	149,28	52,68
OUT/2010	117,29	0,00

NOV/2010	544,58	186,40
DEZ/2010	459,86	367,10
TOTAL		1.541,25

Em relação à multa sugerida pela fiscalização, deve ser corrigida, de ofício, para o percentual de 75%, conforme prevista no art. 44, I da Lei Federal nº 9.430/96. Este é o entendimento que atualmente vem prevalecendo neste CONSEF, a exemplo do voto inserido no Acórdão nº 0139-01/13.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração (Infração 1 – R\$10.473,56; Infração 2 – R\$843,95 e Infração 3 - R\$1.541,25).

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 232134.0026/10-6, lavrado contra **HIPER COMERCIAL DE FRUTAS E VERDURAS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$12.858,76**, acrescido da multa de 75%, previstas no art. 35, da LC nº 123/06, art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96, com redação dada pela Lei nº 11.488/07, e dos acréscimos legais, devendo ser homologado o valor efetivamente pago.

Sala das Sessões do CONSEF, 12 de setembro de 2012.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - RELATORA

VALTÉRCIO SERPA JUNIOR – JULGADOR