

A. I. N° - 210743.0018/14-7
AUTUADO - RANIERE LEANDRO DE MORAIS - EPP
AUTUANTE - ROBERIO FRAGA DE ALMEIDA
ORIGEM - INFAS PAULO AFONSO
INTERNET 18.08.2015

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0149-04/15

EMENTA: ICMS. ENTRADA DE MERCADORIAS. FALTA DE LANÇAMENTO NAS ESCRITAS FISCAL E CONTÁBIL. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A falta de contabilização de entradas de mercadorias indica que o sujeito passivo efetuou pagamentos com recursos não contabilizados, decorrentes de prestações tributáveis anteriormente realizáveis e também não contabilizadas. Comprovada a omissão de 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. Modificado o percentual da multa aplicada, que passa para 75% (art. 44, I, da Lei nº 9.430/96). Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 22/12/2014, exige ICMS no valor de R\$52.087,41 acrescido da multa de 150%, em razão da omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apurada através de entradas de mercadorias não registradas no livro Registro de Entradas.

O autuado (fls. 75/78) impugnou em sua totalidade a ação fiscal argumento que na ação fiscal foram incluídas: **a)** aquisições de mercadorias (pinto de um dia); **b)** aquisições de bens destinados ao Ativo Imobilizado da empresa (veículo); **c)** aquisições de mercadorias isentas, com destinação para uso e consumo, como: vacinas e medicamentos.

Informa ter por atividade comercial a venda de rações e criação de aves. Em assim sendo, entende que devem ser excluídas da autuação as seguintes notas fiscais:

MERCADORIAS DESTINADAS AO ATIVO IMOBILIZADO - mercadorias adquiridas para o ativo imobilizado da empresa do fornecedor “Isa Irrigação Santo Andre S/A”. Foram compras realizadas dentro do Estado, não cabendo a diferença de parcial ou diferencial de alíquotas.

NF N°	EMISSÃO	EMITENTE	UF	VL TOTAL DA NF-e
266.825	18/06/2013	MAN LATIN AMERICA IND E COM DE VEICULOS	RJ	237.143,00
1340	23/10/2013	ISA IRRIGAÇÃO SANTO ANDRE S/A	BA	12.031,00
1341	23/10/2013	ISA IRRIGAÇÃO SANTO ANDRE S/A	BA	889,08
		TOTAL		250.063,08

MERCADORIAS ISENTAS PARA INSUMOS (VACINAS) - destinadas nas vacinações das aves. Inclusive são isentas nas operações internas, conforme preceitua o art. 264, XVIII, do RICMS.

NF N°	EMISSÃO	EMITENTE	UF	VL TOTAL DA NF-e
19668	19/02/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	11.470,00
19669	19/02/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	2.037,00
19680	19/02/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	551,00

23.149	16/05/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	19.770,01
25109	02/07/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	7.700,00
25112	02/07/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	1.500,00
25113	02/07/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	290,75
29.446	28/09/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	5.850,00
29.447	28/09/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	600,00
29.462	28/09/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	273,00
33.340	22/12/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	285,75
33.441	22/12/2013	VACCINAR IND E COM LTDA	MG	25.948,60
		TOTAL		76.275,01

MERCADORIAS ISENTAS (PINTO DE UM DIA) – de igual modo são operações isentas internamente como comanda o art. 264, III, “b” da norma regulamentar.

NF Nº	EMISSÃO	EMITENTE	UF	VL TOTAL DA NF-e
7.206	01/01/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	14.340,00
7.443	31/01/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	15.240,00
7.555	14/02/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	16.523,00
7.910	29/03/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	18.414,00
8.004	09/04/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	16.740,00
8.398	21/05/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	17.490,00
8.545	06/06/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	16.324,00
8.653	18/06/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	17.490,00
8.785	02/07/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	17.996,80
9.169	13/08/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	18.240,00
9.429	10/09/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	18.990,00
9.773	22/10/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	18.736,80
9.914	08/11/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	18.990,00
10.120	05/12/2013	GLOBOAVES SÃO PAULO AGROVICOLA LTDA	BA	18.990,00
		TOTAL		244.503,80

Em seguida, requer a exclusão de todos estes documentos fiscais com base na Resolução CGSN nº 94, de 29 de novembro de 2011, especificadamente, no seu art. 35-A, I e II, conforme transcreve.

Em relação à multa aplicada, diz que ela não está correta já que não houve nenhum ato de dolo ou fraude.

O autuante (fl. 86/91), inicialmente, fez um relato de como foi executada a fiscalização no estabelecimento, bem como, abordou as questões apresentadas pelo impugnante. Em seguida passou a contestá-las.

Quanto as NF's nºs 1340 e 1341 (fls. 07 e 09) houve equívoco do impugnante quando alega que as mercadorias nelas consignadas se referiam à bens destinados para o Ativo Imobilizado. Elas são utilizadas como insumos na produção de alimentos para animais (milho em grãos). Quanto à nº 266825 (fls. 08), realmente trata-se de veículo automotivo de carga, que a empresa está dispensada de pagar a diferença de alíquotas (art. 272, I, “a”, “2” do RICMS/12). Entretanto o que ora se exige é a falta de registro da nota fiscal de aquisição no livro Registro de Entradas, bem como, os pagamentos das respectivas duplicatas em sua contabilidade. Ressalta, neste momento, de que o livro Caixa não foi apresentado ao fisco. E que a empresa não está dispensada do registro nos livros fiscais, conforme se depreende das determinações contidas no art. 34 da Lei nº 123/06 e art. 9º da Resolução CGSN nº 30, de 07/02/2008, “*aplicando-se aos optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos tributos incluídos no Simples Nacional*”.

Aborda as determinações do art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei nº 7.014/96 e menciona decisões exaradas por este Colegiado (Acórdão JJF nº 0015-03/13 e Acórdão CJF nº 0420-12/13).

Em relação aos demais argumentos apresentados, diz que eles não procedem já que as empresas optantes do Simples Nacional não fazem jus ao benefício da isenção como dispõe o art. 35 da Resolução CGSN nº 94/11, que transcreve.

Ressalta, em seguida, de que o art. 35-A e incisos foram incluídos na Resolução CGSN nº 94/11 através da Resolução CGSN nº 115, de 04/09/2014. Em assim sendo, equivoca-se o autuado ao utilizar tal determinação para solicitar a exclusão das notas fiscais isentas do demonstrativo do débito apurado na omissão de receita (fls. 11/17), vez que ele somente passou a vigorar em setembro de 2014, data de vigência posterior aos fatos geradores.

Transcreve o art. 277 e art. 320, ambos do RICMS/12 e art. 320 (isenção de recolhimento do imposto pro empresas enquadradas no Simples Nacional com receita bruta que não ultrapasse 180.000,00 e a vedação de benefício fiscal).

Por fim, transcreve o Parecer nº 18060/2012 de 31/07/2012, da SAT/DITRI que diz interpretar de forma clara o tema.

VOTO

Ressalto, preliminarmente, que a infração trata da omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de entradas de mercadorias não registradas. Ou seja, a razão da autuação foi a presunção de operações anteriores de saídas de mercadorias tributadas, decorrente da falta de registro de notas fiscais de entradas na escrita do contribuinte, conforme determina o art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96. A presunção legal tem a finalidade de lançar imposto incidente na saída de mercadorias tributadas, que, no caso, se deu anteriormente, permitindo que o sujeito passivo obtivesse recurso para realizar aquisições não registradas. Portanto, qualquer aquisição a título oneroso e que não esteja contabilizada, não importando sua natureza, deve ser incluída no levantamento fiscal, já que houve desembolso e a presunção diz respeito à ocultação de receitas.

Esta é uma das poucas situações que a lei inverte o ônus da prova, cabendo ao sujeito passivo provar que não houve a ocorrência dos fatos elencados pela lei.

E o enquadramento de uma empresa no Simples Nacional não a exclui de ser submetida a todos os procedimentos de fiscalização determinados na norma de regência para averiguação, ou mesmo homologação, dos lançamentos realizados e apresentados ao fisco estadual, uma vez que tal auditoria encontra-se expressamente determinada no art. 34, da LC nº 123/06 que assim expressa: *Aplicam-se à microempresa e à empresa de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional todas as presunções de omissão de receita existentes nas legislações de regência dos impostos e contribuições incluídos no Simples Nacional.*

Diante de tais determinações e o ora exposto, não importa se as mercadorias constantes nos documentos fiscais se trataram de aquisições para compor o Ativo Imobilizado da empresa ou mesmo que foram insumos, ou mercadorias com isenção interna do imposto. O que aqui se exige, volto a frisar, diz respeito à ocultação de receita auferida por vendas anteriores de mercadorias não oferecidas à tributação. E, neste caso, suas origens e finalidades não são conhecidas. Não sendo conhecidas, presume-se saídas internas de mercadorias tributadas.

Para desconstituir a infração, deveria o impugnante trazer aos autos de que os documentos fiscais haviam sido registrados tanto na sua escrita fiscal quanto em sua contabilidade. Caso provasse que embora não registrados no seu livro Registro de Entradas, elas haviam sido contabilizadas, restaria tão somente, neste caso, a aplicação de penalidade de cunho acessório. Mas, pela informação prestada pelo fiscal autuante, embora intimado (fl. 05 e 06), o contribuinte não forneceu ao fisco o seu livro Caixa.

Assim, não sendo comprovado como foram pagas as aquisições ora em lide, tem base legal o procedimento realizado pelo autuante, inclusive sendo aplicado o percentual atinente a sua faixa de receita do Simples Nacional.

Quanto à multa aplicada, tem razão o impugnante quando afirma não ter havido ato de dolo ou fraude.

Foi aplicada multa de 150% com tipificação no art. 44, I, e § 1º, da Lei Federal nº 9.430/96, c/c o art. 35 da LC 123/06. Ocorre que a multa prevista no inciso I do art. 44 da referida lei é de 75%, e não de 150%. Este é o entendimento que atualmente vem prevalecendo neste CONSEF, a exemplo do Voto inserido no Acórdão nº 0139-01/13, cujo excerto, abaixo reproduzo:

(...)

O § 1º do art. 44 prevê que o percentual de tal multa (75%) será duplicado (150%) “nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei Federal nº 9.430/96 c/c Art. 35 da Lei Complementar nº 123/06. 4.502, de 30 de novembro de 1964”. Portanto, a multa não é duplicada “sempre”, mas, apenas, nos casos dos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

O art. 71 da Lei nº 4.502/64 cuida de ação ou omissão dolosa (situação em que, com emprego de maquinações ou má-fé, o contribuinte induz a autoridade fazendária a erro, impedindo ou retardando o conhecimento dos fatos).

O art. 72 cuida de fraude (logro, burla, ilusão, falsificação, visando a impedir ou retardar ocorrência do fato gerador, a fim de reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento).

E o art. 73 cuida de conluio (combinação, trama, conspiração entre duas ou mais pessoas).

Nestes autos, em nenhum momento se falou em dolo, fraude ou conluio. Na imputação não consta nada nesse sentido. Dolo, fraude e conluio não se presumem. Ou o fato doloso, fraudulento ou tramado secretamente é acusado e provado, ou de dolo, fraude e conluio não se trata.

Por conseguinte, no caso em apreço não se trata de infração qualificada, e sim de infração pura e simples: omissão de saídas de mercadorias presumida por meio de apuração através de Notas Fiscais de entrada em confronto com a escrituração do Registro de Entradas, conforme foi descrito no Auto.

E se a infração não é qualificada, a multa aplicável é a básica, de 75%, e não a multa agravada, em dobro, de que cuida o § 1º do art. 44 da Lei federal nº 9.430/96”.

Isto posto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração para exigir o ICMS no valor de R\$52.087,41, porém corrijo a multa aplicada para 75%, conforme prevê o art. 44, I, da Lei Federal nº 9.430/96.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210743.0018/14-7**, lavrado contra **RANIERE LEANDRO DE MORAIS - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$52.087,41**, acrescido da multa de 75% prevista no art. 35 da LC 123/2006 c/c art. 44, I e §1º da Lei Federal 9.430/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 11 de agosto de 2015

CARLOS FÁBIO CABRAL FERREIRA - PRESIDENTE

MÔNICA MARIA ROTERS – RELATORA

ÁLVARO BARRETO VIEIRA - JULGADOR