

A. I. N° - 298576.0005/15-7
AUTUADO - A & C VAREJISTA DE CEREAIS LTDA. - EPP
AUTUANTE - LUIS CARLOS MOURA MATOS
ORIGEM - INFAC BRUMADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 23.12.2015

1^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-01/15

EMENTA: ICMS. 1. ENTRADAS DE MERCADORIAS. FALTA DE CONTABILIZAÇÃO. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO REGISTRADAS. LANÇAMENTO 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, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96. Refeitos os cálculos pelo próprio autuante, para exclusão de parcelas lançadas indevidamente, haja vista a prova dos registros das entradas correspondentes. Reduzido o valor do débito. Infração parcialmente subsistente. 2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. a) AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA POR ANTECIPAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. b) ANTECIPAÇÃO PARCIAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. 3. CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. VENDAS DE MERCADORIAS COM PAGAMENTOS ATRAVÉS DE CARTÕES DE CRÉDITO E DE DÉBITO. COTEJO DAS OPERAÇÕES DECLARADAS NA ESCRITA FISCAL DO CONTRIBUINTE COM OS VALORES INFORMADOS PELA ADMINISTRADORA DOS CARTÕES. LEVANTAMENTO DA DIFERENÇA. OMISSÃO DE OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS. LANÇAMENTO DO IMPOSTO. Infração caracterizada. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração em lide, lavrado em 16/06/2015, formaliza a exigência de crédito tributário no valor de R\$46.162,82, em decorrência do cometimento das seguintes infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado:

1. Deixou de recolher, nos prazos regulamentares, ICMS referente às operações não escrituradas nos livros fiscais próprios, nos meses de janeiro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$18.186,96, acrescido da multa de 100%;
2. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS por antecipação ou substituição tributária, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a junho, agosto, outubro a

dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$4.235,65, acrescido da multa de 60%;

3. Efetuou o recolhimento a menos do ICMS antecipação parcial, na condição de empresa de pequeno porte não optante do Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e Contribuições – Simples Nacional, referente às aquisições de mercadorias provenientes de fora do Estado, nos meses de março a junho, julho a dezembro de 2010, janeiro, março, maio, setembro e outubro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$13.008,79, acrescido da multa de 60%.

4. Falta de recolhimento do ICMS constatada através de omissão de saída de mercadoria tributada apurada por meio de levantamento de venda com pagamento em cartão de crédito ou de débito em valor inferior ao valor fornecido por instituição financeira e administradora de cartão de crédito, nos meses de janeiro a junho, setembro a dezembro de 2010, janeiro a dezembro de 2011, sendo exigido ICMS no valor de R\$10.731,42, acrescido da multa de 100%.

O autuado apresentou defesa (fls. 283 a 286) na qual impugna exclusivamente a infração 01. Alega que diversas Notas Fiscais consideradas não registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias se encontram registradas e por diversos lapsos seu, do Auditor Fiscal, e do próprio sistema utilizado, não foram localizadas na sua escrituração na Auditoria.

Menciona como lapsos os seguintes:

- na escrituração do livro Registro de Entradas ocorreu troca de números ao digitar o número da Nota Fiscal;
- à época o Sintegra só absorvia os últimos 06 números da Nota Fiscal e desprezava os primeiros, como no caso da Nota Fiscal nº 004341 lançada em 10/09/2010;
- Notas Fiscais registradas no livro fiscal corretamente e não localizadas pelo aujuante, principalmente Notas Fiscais do final do mês de dezembro de 2011 que foram registradas em janeiro de 2012.

Afirma que ainda ocorreu à apuração indevida do ICMS, “referente a mercadorias isentas não tributadas e com tributação exclusivamente na fonte.”

Alega que entre as notas fiscais não registradas na escrita fiscal, a maior parte diz respeito a mercadorias isentas, não tributadas e com substituição tributária, sendo que, na lavratura do Auto de Infração o aujuante deixou de considerar este fato. Cita como exemplos Notas Fiscais referentes à cerveja, refrigerantes, farinha de trigo, arroz e material de embalagem, todas adquiridas no Estado da Bahia.

Manifesta o entendimento de que, em relação a estas Notas Fiscais não registradas na escrita fiscal aplica-se a multa de 1% sobre o valor comercial, conforme determina inciso II do art. 42 da Lei 7.014/96.

O aujuante prestou informação fiscal (fls. 335 a 338) registrando, inicialmente, que entregou ao autuado, antes da lavratura do Auto de Infração, todas as Planilhas para que fossem analisadas e contestadas, caso estas não retratassem os fatos apurados e apontados, porém, somente na defesa apresentada houve manifestação impugnando a infração 01, que diz respeito a Notas Fiscais não escrituradas.

Salienta que, em face disso, verificou que algumas Notas Fiscais foram escrituradas, o que implicou na elaboração de outra Planilha, a qual anexou aos autos.

Ressalta que não foi apontada a multa de 1%, conforme sugere o autuado, haja vista que a isenção ou não incidência do ICMS na respectiva operação, não dispensa o contribuinte do cumprimento das obrigações, destacando-se, neste caso, a obrigação referente à escrituração dos correspondentes documentos fiscais.

Consigna que o fato gerador do ICMS ocorre no momento que se verifica entradas de mercadorias ou bens não registradas, conforme verificou e fundamentou na Lei nº 7.014/96, em seu art. 4º, § 4º, inciso IV, c/c os artigos 50 , 124, inciso I, 322, incisos e parágrafos, 323, incisos e parágrafos e 936, todos do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto 6.284/97.

Frisa que a Tipificação da Infração com base na Lei nº 7.014/96, em seu art. 42, inciso III, que prevê a multa de 100% do valor do imposto não recolhido tempestivamente, apurando-se a ocorrência de entradas de mercadorias ou bens não registrados.

Conclui que o autuado não impugnou as infrações 02, 03 e 04, sendo que, relativamente à infração 01, acolheu alguns questionamentos e apresentou uma nova Planilha que anexou aos autos.

Finaliza a peça informativa opinando pela procedência total das infrações 02, 03 e 04, e pela procedência parcial da infração 01.

O autuado cientificado sobre a informação fiscal se manifestou (fls. 353/354) registrando que não impugnou as infrações 02, 03 e 04.

Quanto à infração 01, discorda das razões apresentadas pelo autuante na informação fiscal. Reitera os seus argumentos apresentados na defesa vestibular. Acrescenta que para sua surpresa o autuante apresentou nova Planilha excluindo apenas 4 Notas Fiscais, no caso as Notas Fiscais nºs 1653 - emissão 06/01/2010 - ; 136396 de 28/01/2010 e 020492 de 05/03/2010, considerando como lavradas a de número 6344, de 20/05/2010, concordando com a defesa, como mercadoria devolvida.

Afirma que na nova planilha o autuante calculou em duplicidade o imposto referente à Nota Fiscal nº 14204 de 25/06/2010, que gerou o valor de R\$ 6,27.

Observa que com a informação fiscal equivocada do autuante, o imposto exigido nesta infração passou de R\$18.186,96 para R\$17.622,84.

Diz acreditar que as planilhas I e II que elaborou e fizeram parte da inicial, não foram verificadas por completo pelo autuante. Nesse sentido, cita como exemplos as Notas Fiscais nºs 726829, 21265, 21345, 21347, 65728, 50404, 325884, 72858, 16346, 312587, 312588, 346181, com emissão no final do mês de dezembro de 2011, que foram lançadas no início de 2012, quando do recebimento das mercadorias.

Salienta que nas planilhas I e II, consta o número da nota; o valor e a data que estas foram lançadas no devido livro, conforme páginas anexadas aos autos onde constam os lançamentos.

Observa que para justificar a cobrança do imposto de mercadorias sujeitas ao regime de substituição tributária, mercadorias não tributadas e mercadorias isentas, o autuante cita o art. 4º, § 4º, inciso IV, da Lei 7.014/96. Sustenta, no entanto, que neste caso não se aplica o referido dispositivo legal, pois não se pode presumir a ocorrência de operação ou prestação tributáveis sem pagamento do imposto, já que se tem conhecimento de todas as notas fiscais e as mercadorias nelas discriminadas, em sua maioria, com imposto pago, isenta ou não tributada. Afirma que se presume aquilo que não conhece o que não é o caso. Entende que, no caso, cabe a aplicação do previsto no art. 42, inciso XI, da referida lei.

Ressalta que com maior evidência a improcedência da presunção se encontra, também, na redação anterior do § 4º do art. 4º da Lei 7.014, que produziu efeitos até 30/03/2010.

Invoca em relação ao encerramento da tributação, referente à maior parte das mercadorias arroladas na autuação, o art. 9º da Lei 7.014/96, o art. 290 do RICMS/BA/12, Decreto nº 13.780/12, e o art. 356 do RICMS/BA/97, aprovado pelo Decreto nº 6.284/97.

Assinala que com a informação fiscal manteve a Planilha II sem modificações. Refez uma nova Planilha I, excluindo 03 notas fiscais. E elaborou uma nova planilha, incluindo 9 notas fiscais, demonstrando os cálculos do imposto referentes as notas não lançadas.

Conclui que, em relação a esta infração, mantém os seus argumentos apresentados na defesa inicial e anexou 02 novas planilhas, em substituição as anteriores, passando a infração 01 com as modificações para o valor de R\$3.309,25.

Finaliza a manifestação reiterando o pedido de julgamento pela procedência parcial do Auto de Infração.

O autuante cientificado sobre a manifestação do impugnante se pronunciou (fls. 335/338) registrando que o autuado questiona a falta de exclusão das Notas Fiscais mencionadas na sua defesa.

Diz que reconhece o equívoco e excluiu as referidas Notas Fiscais, haja vista que estas foram escrituradas, conforme demonstrado no livro Registro de Entradas. Acrescenta, no entanto, que mantém os argumentos expostos na informação fiscal de fls. 335 a 338 dos autos.

Conclui que, após as considerações do autuado, verificou que não houve impugnação relativamente às infrações 02, 03 e 04, e quanto à infração 01, considerou alguns questionamentos e elaborou uma nova Planilha que anexou aos autos.

Finaliza opinando pela procedência total das infrações 02, 03 e 04, e pela procedência parcial da infração 01.

VOTO

Versa o Auto de Infração em exame sobre o cometimento de quatro infrações à legislação do ICMS imputadas ao autuado.

Verifico que na defesa apresentada e manifestação posterior o autuado impugnou objetivamente apenas a infração 01, tendo consignado que não impugnaria as infrações 02, 03 e 04.

No que tange às infrações 02, 03 e 04, é certo que a ausência de impugnação permite admitir como verídicos os fatos que são imputados ao autuado. Ou seja, inexistem fatos controversos, haja vista que o autuado não apresentou qualquer questionamento sobre as condutas infracionais que lhe foram imputadas nestes itens da autuação. Na realidade, tanto na defesa inicial quanto na manifestação posterior, o autuado consignou que a impugnação estaria adstrita a infração 01, o que permite concluir pelo acerto da autuação quanto aos itens 02, 03 e 04.

Diante disso, as infrações 02, 03 e 04 são subsistentes.

Quanto à infração 01, 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, conforme presunção legal nesse sentido (§ 4º do art. 4º da Lei nº 7.014/96).

Verifico que o autuado alega que diversas Notas Fiscais consideradas não registradas no livro Registro de Entradas de Mercadorias se encontram escrituradas e, por diversos lapsos seu, do autuante, e do próprio sistema utilizado, não foram localizadas no momento da Auditoria. Afirma que ainda ocorreu apuração indevida do ICMS referente a mercadorias isentas, não tributadas e com tributação exclusivamente na fonte.

Constatou que na informação fiscal e pronunciamento posterior o autuante acatou os argumentos defensivos. Corretamente excluiu do levantamento as Notas Fiscais apontadas pelo autuado como escrituradas, inclusive as Notas Fiscais de dezembro de 2011 que adentraram no estabelecimento e foram escrituradas em 2012, conforme se vê no demonstrativo de fls. 368 a 372. Refez os cálculos o que resultou na redução do valor do ICMS originalmente exigido de R\$18.186,96 para R\$13.483,70, conforme demonstrativo que elaborou acostado aos autos às fls. 368 a 372.

Cabe observar que não procede a alegação defensiva de que o autuante não considerou no levantamento as mercadorias cujas operações são isentas, não tributadas ou sujeitas ao regime de

substituição tributária. Na realidade, o autuante procedeu corretamente, haja vista que aplicou a proporcionalidade, conforme se verifica no demonstrativo de fls. 13 a 16 dos autos.

Relevante registrar que o autuante elaborou o “DEMONSTRATIVO DO CÁLCULO DO ÍNDICE DE PROPORCIONALIDADE,” fls. 49 a 54 dos autos, no qual se verifica que os valores atinentes às mercadorias amparadas por isenção, não tributadas e sujeitas ao regime de substituição tributária foram considerados no levantamento, tendo recaído a exigência exclusivamente quanto às mercadorias cujas operações são tributadas normalmente.

Vale ressaltar que o somatório das fls. 368 a 372 feito pelo autuante, no valor de R\$13.483,70, se encontra equivocado, haja vista que o valor correto é de R\$11.114,50. Diante do exposto, este item da autuação é parcialmente subsistente no valor de ICMS de R\$11.114,50.

Voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 298576.0005/15-7, lavrado contra **A & C VAREJISTA DE CEREAIS LTDA. - EPP**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$39.090,36**, acrescido das multas de 50% sobre R\$1.836,60, 60% sobre R\$15.407,84, 70% sobre R\$1.309,45 e 100% sobre R\$20.536,47, previstas no art. 42, incisos I, alínea 'b", item 1, II, "d", III, da Lei nº 7.014/96, com os acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de dezembro de 2015.

RUBENS MOUTINHO DOS SANTOS – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO - JULGADOR

JOSÉ RAIMUNDO CONCEIÇÃO – JULGADOR