

A. I. Nº - 276473.1203/15-3
AUTUADO - A. S. TECIDOS LTDA.
AUTUANTE - ROSAMARIA BARREIROS FERNANDEZ
ORIGEM - INFAZ T. FREITAS
PUBLICAÇÃO - INTERNET 23.03.2017

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0023-04/17

EMENTA: ICMS. 1. PRESUNÇÃO LEGAL DE OPERAÇÕES NÃO DECLARADAS. a) CONTA “CAIXA”. SALDOS CREDORES. OMISSÃO DE SAÍDAS. b) ENTRADAS DE MERCADORIAS NÃO REGISTRADAS. OMISSÃO DE SAÍDAS. Os dois fatos não podem ser dissociados, pois em ambas as situações estão sendo cobrado imposto com base na presunção legal de que ocorreram saídas de mercadorias sem os devidos registros e, conseqüentemente, sem pagamento de ICMS, conforme dispõe o art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia. Houve duplicidade de lançamento. É fato que, quando forem constatadas, simultaneamente, no mesmo período, omissões de receitas tributáveis (como é o caso de saldo credor de Caixa – primeiro caso), ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis (como as decorrentes de entradas de mercadorias não registradas, pagas, portanto, com receitas de origem desconhecida - segundo caso), deve-se levar em conta, apenas, a diferença de maior expressão monetária, pois o fato é um só, considerando-se, por presunção legal, que na diferença de maior valor estão compreendidas as demais. Excluindo a autuação de menor valor monetário, têm-se subsistente a primeira infração e insubsistente a segunda infração. **2. ANTECIPAÇÃO PARCIAL. ENTRADAS INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS PARA COMERCIALIZAÇÃO. FALTA DE RECOLHIMENTO.** É devido o pagamento, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na entrada de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária. Razões de defesa não elidem a acusação fiscal. Entretanto por quantum a subsistência da cobrança do imposto regular nas operações subseqüentes esculpida na infração 1 do Auto de Infração em tela, relativo ao mesmo de período da infração 3, torna-se inexecutível a cobrança do imposto não antecipado nos termos desta autuação, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº7.014/96. **Infração 3 subsistente 3. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA.**

RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Item reconhecido. 4. ALÍQUOTA. ERRO NA SUA DETERMINAÇÃO. Foi aplicada alíquota zero em mercadorias tributadas a alíquota de 17% nas saídas efetuadas através de ECF. Item reconhecido. 5. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ENTRADA DE MERCADORIAS CONTEMPLADAS COM BENEFÍCIO FISCAL Razões de defesa elidem parcialmente a acusação fiscal. Refeitos os cálculos. Infração subsistente parcialmente. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 15/12/2015, constitui crédito tributário no valor de R\$131.276,62, atribuindo ao sujeito passivo o cometimento das seguintes irregularidades concernentes à legislação do ICMS, a saber:

INFRAÇÃO 01 – 05.03.02: Omissão de saídas de mercadorias tributável apurada através de saldo credor de caixa nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril, maio, julho, agosto, setembro, outubro, novembro e dezembro de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls. 12 a 62 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$83.632,48, com enquadramento no artigo 4º, § 4º, inciso I, da Lei 7.014/96 e multa tipificada no artigo 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 02 – 05.05.01: Omissão de saídas de mercadorias tributável apurada através de entradas de mercadorias não registradas nos meses de março, abril, maio, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2013, conforme demonstrativos e documentos às fls. 63 a 86 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$13.281,58, com enquadramento no artigo 4º, § 4º, inciso IV, da Lei 7.014/96 e multa tipificada no artigo 42, inc. III, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 03 – 07.15.02: Recolheu a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização nos meses de janeiro, abril, julho, agosto, outubro, novembro e dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 89 a 102 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$6.796,62, com enquadramento no artigo 12-A, da Lei 7.014/96 e multa tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 04 – 07.01.02: Efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação nos meses de abril, junho, agosto, outubro e novembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 104 a 118 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$2.191,85, com enquadramento no artigo 8º, inc. II e § 3º, art. 23, da Lei 7.014/96, c/c art. 289 do RICMS, publicado pelo Decreto 13.780/2012 e multa tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 05 – 03.02.02: Recolheu a menor ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas nos meses de janeiro a dezembro de 2013, conforme demonstrativos às fls. 120 a 133 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$25.017,27, com enquadramento nos artigos 15, 16 e 16-A da, da Lei 7.014/96 e multa tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “a”, do mesmo diploma legal.

INFRAÇÃO 06 – 01.02.96: O Contribuinte utilizou indevidamente créditos fiscais relativos às entradas interestaduais de mercadorias contempladas com Benefício Fiscal do ICMS não autorizado por Convênio ou Protocolo nos termos da Lei Complementar nº 24/75, nos meses de abril, maio, junho, julho, setembro, novembro e dezembro de 2013, conforme demonstrativo à fl. 134 dos autos. Lançado ICMS no valor de R\$356,82, com enquadramento nos artigos 1º e 8º da

LC24/75, c/c §§ 1º e 2º do art. 1º e art. 2º do Decreto 14.213/2012 e multa tipificada no artigo 42, inc. II, alínea “f”, da Lei 7.014/96.

O contribuinte apresenta defesa, às fls. 142/151 dos autos, na qual reconhece parcialmente a infração 6, impugna as infrações 1, 2 e 3; e se mantém silente em relação as infrações 4 e 5 nos termos que a seguir passo a descrever:

Preliminarmente, diz que é sabido que o auto de infração é um ato jurídico que produz efeitos jurídicos e, como tal, exige todos os requisitos para tanto, ou seja, que o agente seja capaz, que o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável e que obedeça à forma prescrita ou não defesa em lei (art. 104 do CC).

E mais, diz que é um ato administrativo, ou seja, é um ato jurídico praticado por autoridade pública que tem por finalidade apurar infrações, mas sempre de maneira vinculada, ou seja, seguindo as exatas prescrições da lei.

Diz, também, que na modalidade de ato vinculado o procedimento administrativo fiscal deve conter os exatos e precisos ditames determinados na lei específica o que, como diz irá demonstrar, a autuação incorre em aspectos de nulidade, já que vícios existem. Dentre eles, diz que a lavratura do auto de infração, em tela, que acarreta a nulidade do ato.

Destaca trecho da obra de Plácido Silva, para, então destacar que, se não estiver presente todos os elementos indispensáveis à constituição da autuação, não se tem um auto de infração, administrativamente considerado. Mais adiante, diz que será um documento sem qualquer valor, seja probatório, seja meramente indiciante, porque aquilo que é nulo não pode gerar qualquer efeito juridicamente relevante.

Cita um trecho da Teoria das Nulidades defendida pelo Professore Hely Lopes Meireles, para então, afirmar que um ato administrativo praticado em desconformidade, com as prescrições em seu procedimento formativo, deve ser decretado nulo, afastando seus efeitos principais e secundários. O defendente não descreve qualquer ato de nulidade na constituição do feito, objeto em análise.

Traz também, aos autos, aspectos relacionados ao princípio do não confisco e ofensa ao direito de propriedade. Diz que a definição de tributo é objeto do artigo 3º do CTN, que o cita. Destaca também que o tributo com efeito de confisco é aquele expressamente oneroso ou aquele no sentido de penalidade. Observa que este é o entendimento que se extrai da lição de Cláudio Pacheco, que destaca.

Diz que a tributação jamais pode ter a conotação confiscatória devendo observar os mais estritos ditame da lei e nunca prejudicar a sociedade. Esta postura, diz que fere o direito de propriedade que é defendido expressamente no artigo 5º, inciso XXII da Carta Maior, que destaca. Destaca, também o artigo 150, inciso IV do mesmo diploma legal.

Conclui afirmando que na medida em que prospere a infundada exigência do fisco estadual estará havendo um afronto direto aos princípios constitucionais anteriormente citados.

No mérito, pede para conferir o que estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 155, II, § 2º, VII, letras “a” e “b”, acerca do ICMS, que o cita. Em seguida diz que o ICMS deve incidir quando da efetiva circulação de mercadoria.

Destaca trecho da obra de Roque Antonio Carrazza. Em seguida diz que determinada mercadoria entra no estabelecimento e é consumida fora do processo industrial de transformação, não haverá revenda dela e, conseqüentemente, não haverá a etapa seguinte de circulação posterior à entrada.

De outro lado alega que não emitiu documento fiscal. Em seguida, sem apresentar qualquer elemento probante, diz que ficou comprovado que as notas fiscais na planilha (3.1 1ª Tabela, no final da planilha) de fato não foram recebidas pela empresa, as quais também não constam, nos

arquivos, ou seja, no caixa, a efetiva existência das notas fiscais, bem como o recebimento das mercadorias apontadas nos autos e o não pagamento de duplicatas referente pagamento ao fornecedor das referidas notas fiscais, haja vista que, pela apuração, a inscrição da empresa intimada foi usada indevidamente de má-fé, inclusive a existência das notas fiscais de nº 2855 e 2856 demonstra claramente que foram emitidas em duplicidade, sendo estas as mesmas mercadorias, mesmo fornecedor, mesmas datas.

No presente caso, tem-se a obrigação de emissão de documento fiscal na hipótese de circulação de mercadorias, ou seja, a venda ao consumidor final, o que não ocorreu no presente caso, portanto diz que inexistente o fato gerador.

Cita o artigo 90, inc. I, da Lei 1.810/97. Em seguida diz que da leitura do citado artigo, tem-se que a emissão de documento é obrigatória quando a ocorrência de operação, ou seja, da ocorrência do fato gerador.

Expondo outras considerações de defesa de forma desconexas, sem tampouco relacionar com quaisquer das infrações postas no Auto de Infração, conclui que a operação *in casu* não ocorreu, pois não houve aquisição dos bens junto a terceiros, não ocorrendo operação de revenda ou mesmo nova circulação de bens acaso adquiridos para consumo próprio.

Em conclusão, diz que não pode prosperar o dito procedimento administrativo, devendo ser anulado uma vez que:

- (a) solicita que seja retirada dos autos os valores referente às infrações 05.03.02 (Infração 01); 05.05.01 (Infração 02) e 07.15.02 (Infração 03);
- (b) infração 01.02.96 (Infração 06) pede que seja corrigido o valor de R\$67,32 para o valor de R\$0,74, pois fica evidenciado na planilha anexa que a fiscal tratou todos os produtos como atacadista através do CFOP 6101, sendo que somente o 1º item da nota é, o restante de itens é CFOP 6101, que é destinado a venda de mercadoria industrializada.
- (c) produção de todos os meios de prova admitidos em lei; e
- (d) solicita a redução da multa de 100% para 10% em respeito aos princípios constitucionais do não confisco e do direito de propriedade.

O autuante em sua informação fiscal, às fl. 192/195 dos autos, traz as seguintes considerações:

Diz que, primeiramente não julga que o auto de infração deva ser considerado nulo. Destaca que a empresa foi devidamente intimada, como consta às folhas 8 e 9 do PAF. Todas as infrações foram baseadas em documentação fiscal e contábil fornecida pelo contribuinte e notas fiscais eletrônicas constantes no sistema SEFAZ.

Observa que às folhas 147 do PAF o contribuinte afirma que as notas fiscais da planilha 3.1 1ª Tabela não foram recebidas pela empresa. Na defesa diz que não foi apresentada nenhuma prova que descaracterizasse que as notas fiscais, não registradas, não entraram efetivamente na empresa. Diz que o demonstrativo S, às folhas 65, do PAF, equivale ao livro de registro de entradas da empresa.

Em relação a Infração 01 05.03.02, diz que o Contribuinte, em sua defesa, pede a retirada desta infração dos autos. No entanto, nenhuma prova de que esta infração não existe, foi anexada à defesa. Observa que, ao iniciar a fiscalização desta empresa, notou que as notas fiscais de entradas eram registradas, pela contabilidade, com meses de atraso. Como aparece no demonstrativo S, às folhas 65 do PAF. Diz que as mercadorias recebidas deram entrada no estabelecimento e foram vendidas meses antes de serem registradas pela contabilidade.

Isto, na parte contábil da empresa, gera pagamentos a serem feitos ao fornecedor das mercadorias nas datas estipuladas pelo negócio jurídico estabelecido entre comprador e vendedor e que deve ser honrado para que futuras negociações perpetuem.

Ao elaborar o movimento mensal de caixa, constante às folhas 13 a 16 do PAF, diz que foram utilizados os dados lançados na escrita caixa, fornecida pela empresa, às folhas 17 a 28, e no

lugar dos pagamentos, foram colocados os valores apurados através do demonstrativo B1, às folhas 29 a 45 do PAF.

Diz que, em tal demonstrativo selecionou todas as notas fiscais de entrada da empresa e as dividiu por datas de pagamentos definidas, previamente, na nota fiscal, entre vendedor e comprador, ou seja, à vista ou a prazo ou em diversos pagamentos. Foram selecionadas notas anteriores ao ano fiscalizado, pois, existem notas fiscais do ano anterior cujo pagamento é feito apenas no ano seguinte.

Destaca que, tal demonstrativo foi enviado à contabilidade, para que, se houvesse alguma divergência de data de pagamento, isto fosse saneado antes da lavratura do Auto de Infração. Diz anexar e-mail trocado com pessoa responsável pela empresa na contabilidade. Nada foi declarado, portanto, não houve mudança no valor apurado.

Diz que todas as vendas foram consideradas à vista como declarado, na conta caixa da empresa às folhas 17 a 28 do PAF.

Por sua vez, diz que às folhas 50 do PAF encontram-se as proporcionalidades aplicadas, no saldo credor, por mês. Valores encontrados de acordo com a proporção entre mercadorias tributadas e substituídas, declarados no DMA da empresa, como determina a Instrução Normativa nº 56/2007.

Tais proporções foram aplicadas na planilha às folhas 12 do PAF nos saldo credores por mês, na presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas. Artigo 4º, parágrafo 4º, inciso I da Lei 7014/96.

Por outro lado diz que as multas são determinadas pela legislação por infração. Não cabe a ela reduzir o seu valor. Diz manter, na íntegra, esta infração no valor de R\$ 83.632,48

Em relação a Infração 02 05.05.01, diz que o Contribuinte, em sua defesa, pede a retirada desta infração dos autos. No entanto, nenhuma prova de que esta infração não existe, foi anexada à defesa.

Diz que esta infração resulta na presunção de saídas de mercadorias pela falta de registro de notas fiscais de entrada. Artigo 4º, parágrafo 4º, inciso IV da Lei 7014/96. Presume-se que houve saídas de mercadorias para que houvesse a compra de mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas.

Observa que o Demonstrativo S, às folhas 65 a 69, mostra as notas fiscais de entradas registradas pelo contribuinte com número de livro e folha. Destaca que é uma cópia do livro de entrada. Diz, também, acostar aos autos e-mail trocado com a pessoa responsável pela empresa na contabilidade.

Diz que a relação das notas fiscais que realmente não estavam não registradas foi enviada junto com o retorno da contabilidade. Às folhas 70 a 73 mostra o demonstrativo da presunção da omissão de receitas.

Às folhas 74 do PAF encontram-se as proporcionalidades aplicadas, na presunção, por mês. Valores encontrados de acordo com a proporção entre mercadorias tributadas e substituídas, declarados no DMA da empresa. Como determina a Instrução Normativa nº 56/2007.

Tais proporções foram aplicadas na planilha às folhas 64 do PAF no demonstrativo da falta de pagamento do ICMS pela aquisição de mercadorias não registradas na escrituração fiscal.

Por sua vez, diz que as multas são determinadas pela legislação por infração. Não cabe reduzir o valor. Diante do exposto, diz que mantém, na íntegra, esta infração no valor de R\$13.281,58.

Em relação a Infração 03 07.15.02, diz que o Contribuinte, em sua defesa, pede a retirada desta infração dos autos. Observa que, no entanto, nenhuma prova de que esta infração não existe, foi anexada à defesa

Esta infração decorre da antecipação parcial, paga a menor, nas entradas de mercadorias destinadas a comercialização na forma do art. 12-A da Lei 7014/96. As que possuem o número da

nota fiscal, em negrito, são as mesmas constantes da relação de notas fiscais de entrada não registradas e que têm mercadorias tributáveis e sujeitas à antecipação parcial. As que possuem data, em negrito, são as registradas com mais de 15 dias de atraso.

Diante do exposto, diz manter na íntegra, a infração e no valor de R\$6.796,62.

Em relação a Infração 04 07.01.02, diz que o Contribuinte, em sua defesa, não se manifesta com relação a esta infração.

Diz que esta infração decorre da antecipação tributária total, paga a menor, nas entradas de mercadorias destinadas a comercialização elencadas na substituição tributária na forma do art. 8º inciso II da Lei 7014/96. As que possuem data, em negrito, são as registradas com mais de 15 dias de atraso.

Diante do exposto, diz manter, na íntegra, esta infração no valor de R\$2.182,01

Em relação a Infração 05 03.02.02 diz que o Contribuinte, em sua defesa, não se manifesta com relação a esta infração.

Diz que esta infração decorre de erro na determinação da alíquota nas saídas de mercadorias efetuadas através de ECF. Art. 15, 16 e 16-A da Lei 7014/96. Utilizou alíquota 0% nas saídas de mercadorias tributadas a 17%.

Diante do exposto, diz manter, na íntegra, esta infração no valor de R\$25.017,27

Em relação a Infração 06 01.02.96 diz que o Contribuinte, em sua defesa, pede retirada dos créditos glosados da NF 8107 referente a entradas de empresa atacadista, baseada no Decreto 14.213/12, com CFOP 6101 no valor de R\$67,32 ficando um valor de R\$ 0,74 cuja CFOP é 6102.

Diz, então, que procede a reclamação. Em seguida apresenta os novos valores da infração 06, conforme a seguir

04/2013	R\$	29,42
05/2013	R\$	75,74
06/2013	R\$	79,04
07/2013	R\$	85,84
09/2013	R\$	3,95
11/2013	R\$	0,74
12/2013	R\$	15,72

Às fls. 204 a 217 do PAF, constam nova manifestação de defesa, com data em 25/04/2016, em que o defendente não traz aos autos, nem tampouco acosta qualquer elemento probante, que os já acostados quando de sua defesa original datada de 18/02/2016.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, tendo o autuado demonstrado total entendimento da acusação, inclusive apresentando razões de mérito, das quais, em relação a infração 6, foi acolhida pelo autuante, quando da sua informação fiscal.

Ainda nesse contexto, observo que o sujeito passivo solicita, de forma genérica, diligência para análise de toda a documentação contábil-fiscal, a fim de comprovar que não cometera as infrações objeto em análise, mais especificamente as infração 1, 2 e 3; e parte da infração 6, vez que não traz aos autos qualquer manifestação em relação as infrações 4 e 5. Neste ponto

especificamente, destaco as disposições da alínea “b”, do art. 147, inciso I, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99, em que orienta o indeferimento do pedido de diligência quando for destinada a verificar fatos vinculados à escrituração comercial e fiscal ou a documentos que estejam na posse do requerente e cuja prova ou sua cópia simplesmente poderia ter sido por ele juntada aos autos, o que não o fez.

Por outro lado, o sujeito passivo suscita, de forma geral, sem apresentar qualquer elemento probante, a nulidade do Auto de Infração por cometimento de vícios formais na constituição do crédito tributário relacionados à “ausência dos requisitos necessários à sua constituição”. Tais alegações não prosperam. Como bem destacou a d. agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, nas fls. 1 a 4 dos autos, têm-se as descrições das infrações, atendendo ao que dispõe o RPAF/BA, aprovado pelo decreto nº 7.629/99, onde se vê claramente a natureza da infração, o autuado, o enquadramento da autuação e o montante do débito tributário, elementos básicos e fundamentais na constituição do crédito tributário. Nas fls. 11/135, têm-se os demonstrativos constitutivos de todo o Auto de Infração, em tela, com o débito da infração 1 apurado no demonstrativo de fl. 12, o débito da infração 2 apurado no demonstrativo de fl. 64, o débito da infração 3 apurado no demonstrativo de fl. 88, o débito da infração 4 apurado no demonstrativo de fl. 104, o débito da infração 5 apurado no demonstrativo de fls. 120/122-v, e o débito da infração 6 apurado no demonstrativo de fl. 134.

Em sendo assim, afastos as preliminares de nulidades do lançamento aventadas pelo defendente.

O presente Auto de Infração reclama crédito tributário do ICMS no valor total de R\$131.276,62, relativo às infrações descritas e relatadas na inicial dos autos, referente ao exercício de 2013, com impugnação total das infrações 1, 2 e 3; parte da infração 6; e reconhecimento das infrações 4 e 5, por se manter silente, sendo considerada procedente por considerar aceito o crédito reclamado.

As infrações 1 e 2 relacionam a presunção legal de operações de saídas não declaradas, apurado por roteiro de “Auditoria da Conta Caixa” e “Auditoria de Entradas de Mercadorias”, respectivamente, dado o que dispõe o art. 4º, § 4º, da Lei 7.014/96, que trata do ICMS no Estado da Bahia, que a seguir destaco:

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

§ 4º Salvo prova em contrário, presume-se a ocorrência de operações ou de prestações tributáveis sem pagamento do imposto sempre que se verificar:

I - saldo credor de caixa;

IV - entradas de mercadorias ou bens não registradas;

Em relação à infração 1, que diz respeito a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis apurada através de saldo credor de caixa, não se vê na defesa, qualquer documentação, nem tampouco demonstrativo, que se possa inferir a não ocorrência da infração imputada. Por sua vez, o d. Agente Fiscal, em sede de Informação Fiscal, diz ter elaborado o movimento mensal de caixa, constante das folhas 13 a 16 dos autos, utilizando dos dados extraídos da “escrita caixa”, fornecida pelo defendente, às folhas 17 a 28, e no lugar dos pagamentos, foram colocados os valores apurados através do demonstrativo B1, às folhas 29 a 45 dos autos.

Relativamente ao demonstrativo B1, diz ter selecionado todas as notas fiscais de entrada da empresa e as dividiu por datas de pagamentos definidas na própria nota fiscal, entre vendedor e comprador, ou seja, à vista ou a prazo ou em diversos pagamentos. Diz que foram selecionadas notas anteriores ao ano fiscalizado, pois, existiam notas fiscais do ano anterior cujos pagamentos foram efetuados no ano seguinte.

Observa, o d. Agente Fiscal, que, tal demonstrativo foi enviado à contabilidade, para que, se houvesse alguma divergência de data de pagamento, fosse corrigido antes da lavratura do Auto

de Infração. Diz, também, ter trocado e-mail com pessoa responsável pela empresa na contabilidade, não havendo qualquer manifestação quanto a mudança no valor apurado.

Por sua vez, destaca que todas as vendas foram consideradas à vista como declarado, na conta "caixa" da empresa às folhas 17 a 28 dos autos. Diz, ainda, que às folhas 50 encontra-se o demonstrativo do cálculo do índice de proporcionalidade aplicada no saldo credor, por mês, para apuração da omissão da receita. Tais índices foram encontrados de acordo com a proporção entre mercadorias tributadas e substituídas, declarados no DMA da empresa, como diz determinar a Instrução Normativa nº 56/2007.

Destaca que tais proporções foram aplicadas nos "*saldos credores de caixa*", levantados mensalmente, na forma da planilha à folhas 12, com isso encontrando a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, objeto da autuação, conforme dispõe o artigo 4º, parágrafo 4º, inciso I da Lei 7014/96, acima destacado.

Sobre tal procedimento na apuração da presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, no que dispõe a legislação, nada observo de erro no desenvolvimento do roteiro de auditoria de caixa aplicado, que inclusive fora objeto de ciência ao defendente para manifestação, antes da lavratura da autuação, em que se manteve silente.

Ademais, também, em sede de defesa, o sujeito passivo não traz aos autos qualquer consideração de mérito, com apresentação de documentação/demonstrativo, que se possa invalidar a autuação. Nesta perspectiva, entendo subsistente a infração 1.

Em relação à Infração 2, que diz respeito, também, presunção de omissão de saídas de mercadorias tributável apurada, agora, através de entradas de mercadorias não registradas, observa o d. Agente Fiscal, que o sujeito passivo, em sua defesa, pede a retirada desta infração dos autos. No entanto, observa que nenhuma prova de que esta infração não existe, foi anexada à defesa.

Diz que esta infração resulta na presunção de saídas de mercadorias pela falta de registro de notas fiscais de entrada, na forma do artigo 4º, parágrafo 4º, inciso IV da Lei 7014/96. Aduz que, na situação em comento, presume-se que houve saídas de mercadorias para que houvesse a compra de mercadorias cujas notas fiscais não foram registradas.

Destaca que o demonstrativo S, às folhas 65 a 69, demonstra as notas fiscais de entradas registradas pelo contribuinte com número de livro e folha. Às folhas 70 a 73, têm-se o demonstrativo T, denominado de "*demonstrativo da presunção da omissão de receitas*", onde se pode constatar quais notas fiscais de entradas não foram registradas na escrita fiscal.

Em relação a tais notas fiscais não registradas, diz acostar aos autos e-mail trocado com a pessoa responsável pela empresa na contabilidade, antes da lavratura da presente autuação, porém esta se manteve silente.

Por sua vez, à folha 74 dos autos, encontra-se o demonstrativo de apuração das proporcionalidades aplicadas, na presunção, por mês. Tais valores encontrados estão de acordo com a proporção entre mercadorias tributadas e substituídas declarados no DMA da empresa, como determina a Instrução Normativa nº 56/2007, sendo aplicados na planilha à folha 64, em que se tem o demonstrativo "*da falta de pagamento do ICMS*" pela aquisição de mercadorias não registradas na escrituração fiscal, que é o objeto da autuação.

Por quantum o sujeito passivo não trazer aos autos qualquer consideração de mérito, com apresentação de documentação/demonstrativo, que se possa invalidar a autuação, entendo ser subsistente a infração 2, entretanto há uma duplicidade de lançamento em relação a infração 1.

É fato que, quando forem constatadas, simultaneamente, no mesmo período, de omissões de receitas tributáveis (como é o caso de saldo credor de Caixa – primeiro caso - infração 1), ou quaisquer outras omissões de receitas tributáveis (como as decorrentes de entradas de mercadorias não registradas, pagas, portanto, com receitas de origem desconhecida - segundo

caso - infração 2), em relação ao mesmo período de apuração, deve-se levar em conta, apenas, a diferença de maior expressão monetária, pois o fato é um só, considerando-se, por presunção legal, que na diferença de maior valor estão compreendidas as demais.

Em sendo assim, excluindo a autuação de menor valor monetário, têm-se subsistente a infração 1 e insubsistente a infração 2.

A infração 3 diz respeito a ter recolhido a menor o ICMS antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização na forma do artigo 12-A, da lei 7.014/96, conforme a seguir descrito:

Art. 12-A. Nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização, será exigida antecipação parcial do imposto, a ser efetuada pelo próprio adquirente, independentemente do regime de apuração adotado, mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição.

Como bem exposto está a disposição do artigo acima destacado, é devido o pagamento do ICMS Antecipação nas aquisições oriundas de outra unidades da Federação, em valor correspondente à diferença entre a alíquota interna e a interestadual, na entrada de mercadorias adquiridas para comercialização, não enquadradas no regime da substituição tributária, que é o objeto da infração 3 em análise na forma dos demonstrativos às fls. 88/102 dos autos.

Em sede de defesa, o sujeito passivo limita-se apenas a pedir a retirada desta infração dos autos, sem tampouco acostar aos autos qualquer prova de que esta infração não existe. Portanto, nos termos do art. 140 do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas. Desta forma, considerando o enquadramento da infração está em conformidade com a legislação, para a imputação relatada na descrição dos fatos, entendo que resta subsistente a infração 3.

Entretanto por quantum a subsistência da cobrança do imposto regular nas operações subsequentes esculpida na infração 1 do Auto de Infração em tela, relativo ao mesmo período abarcado pela infração 3, torna-se inexecutável a cobrança do imposto não antecipado nos termos desta autuação, ensejando a conversão da exigência relativa ao imposto não antecipado em apenas multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, da Lei nº 7.014/96. Infração 3 subsistente no valor de R\$4.077,94, dado a conversão da exigência relativa ao imposto não antecipado em apenas multa equivalente a 60% do imposto não antecipado na forma do demonstrativo a seguir:

Dt. Ocorr	Dt, Vencto	Valor Histórico
31/01/2013	09/02/2013	57,49
30/04/2013	09/05/2013	649,69
31/07/2013	09/08/2013	95,38
31/08/2013	09/09/2013	82,17
31/10/2013	09/11/2013	1.092,55
30/11/2013	09/12/2013	1.828,77
31/12/2013	09/01/2014	271,89
Total da Infração 3		4.077,94

Em relação a Infração 6 que diz respeito a utilização indevida de créditos fiscais relativos às entradas de mercadorias contempladas com benefício fiscal do ICMS, em sede de defesa, o sujeito passivo pede retirada dos créditos glosados da nota fiscal nº 8107, por se referir a entrada de empresa atacadista, baseada no Decreto 14.213/12, com CFOP 6101. Assim diz que procede a autuação em relação apenas ao 1º item da nota fiscal. Desta forma diz reconhecer a data de ocorrência 30/11/2013 o valor de R\$0,74.

Ao desenvolver a Informação Fiscal, o D. Agente Fiscal diz concordar com os termos da defesa do sujeito passivo e apresenta novo demonstrativo de débito da infração 6 à fl. 195 dos autos.

Desta forma, não observando nada que desabone tal alteração, entendo subsistente em parte a infração 6 no valor de R\$290,25, conforme demonstrativo de débito a seguir:

Dt. Ocorr	Dt, Vencto	Valor Histórico
30/04/2013	09/05/2013	29,42
31/05/2013	09/06/2013	75,74
30/06/2013	09/07/2013	79,04
31/07/2013	09/08/2013	85,64
30/09/2013	09/10/2013	3,95
30/11/2013	09/12/2013	0,74
31/12/2013	09/01/2014	15,72
Total da Infração 6		290,25

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor de R\$115.209,79, por restar parcialmente procedente a infração 6, improcedente a infração 2 e procedentes as infrações 1, 3, 4, e 5; sendo a infração 3 convertida a exigência relativa ao imposto não antecipado em apenas multa equivalente a 60% imposto não antecipado.

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**276473.1203/15-3**, lavrado contra **A.S. TECIDOS LTDA**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor total de **R\$115.209,79**, acrescido da multas de 60%, sobre R\$27.499,37, e de 100% sobre R\$83.632,48, previstas no art. 42, incisos II, alíneas “a”, “d” e “f”, e III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa por descumprimento de obrigação acessória no valor de **R\$4.077,94**, prevista no art. 42, II, “d”, c/c o § 1º, do mesmo diploma legal, com os acréscimos moratórios previstos na Lei nº 9.837/05.

Sala de Sessões do Consef, 07 de março de 2017

ÁLVARO BARRETO VIEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

JOÃO VICENTE COSTA NETO – RELATOR

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO - JULGADORA